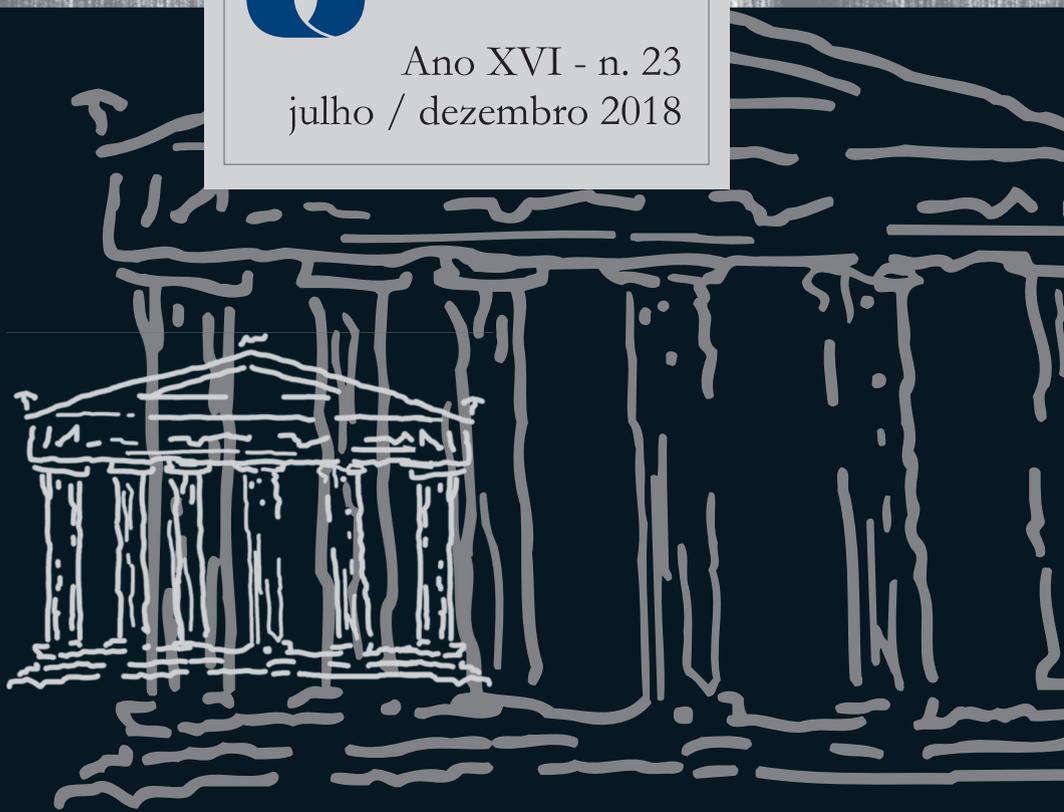


ISSN 1806-0420

REVISTA  
OPINIÃO  
JURÍDICA



Ano XVI - n. 23  
julho / dezembro 2018



# REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



# REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2018

---

Revista Opinião Jurídica  
Ano 16, no. 23 (jul./dez. 2018) – Fortaleza:  
Unichristus, 2018.

Semestral

ISSN 1806 – 0420  
e-ISSN 2447 – 6641

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário  
Christus - Unichristus.

CDD 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

---

Impressão  
Gráfica e Editora LCR Ltda.  
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará  
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069  
Site: [www.graficalcr.com.br](http://www.graficalcr.com.br) – e-mail: [atendimento01@graficalcr.com.br](mailto:atendimento01@graficalcr.com.br)

**REITOR**

José Lima de Carvalho Rocha

**PRÓ-REITOR DE ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO**

Estevão Lima de Carvalho Rocha

**PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO**

Mauricio Lima de Carvalho Rocha

**PRÓ-REITOR DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO**

Marcos Kubrusly

**PRÓ-REITOR DE EXTENSÃO**

Rogério Frota Leitão dos Santos

**EDITORA-CHEFE**

**Dra. Fayga Silveira Bedê**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

**EDITOR-EXECUTIVO ADJUNTO**

**Abimael C. F. de Carvalho Neto**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

**EDITORES-EXECUTIVOS ASSISTENTES**

**Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

**Lucas Helano Rocha Magalhães**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

**EDITORA-TÉCNICA EXECUTIVA**

**Patrícia Vieira Costa**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

**EDITOR-TÉCNICO EXECUTIVO ASSOCIADO**

**Altiéres de Oliveira Silva**, (Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM/SP, São Paulo - SP - Brasil)

**ASSISTENTE-EDITORIAL**

**Mateus Rocha Santos**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

**EDITORES-ASSOCIADOS**

**Me. Ana Paula Pinto Lourenço**, (Universidade Autônoma de Lisboa (UAL) - Lisboa - Portugal)

**Dr. Emerson Gabardo**, (Universidade Federal do Paraná (UFPR) / Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Curitiba - PR - Brasil)

**Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues**, (Faculdade Meridional (IMED) - Passo Fundo - RS - Brasil)

**Dr. Isaac Costa Reis**, (Universidade de Brasília (UnB) - Brasília - DF - Brasil)

**Dra. Leilane Serratine Grubba**, (Faculdade Meridional (IMED) - Passo Fundo - RS - Brasil)

**Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira**, (Universidade Federal da Bahia - UFBA - Salvador - Bahia - Brasil)

**Dr. Paulo Ferreira da Cunha**, (Faculdade de Direito da Universidade do Porto, (FDUP) - Porto, Portugal / Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Rennan Faria Krüger Thamay**, (Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) / Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Roberto Bueno Pinto**, (Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) / Universidade Federal de Uberlândia (UFU) - Uberlândia - MG - Brasil)

**Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**, (Universidade de São Paulo (USP) / Universidade Nove de Julho (UNINOVE) - São Paulo - SP - Brasil)

#### **EDITORES - ASSOCIADOS EXECUTIVOS**

**Me. Ana Luisa Demoraes Campos**, (Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo - SP - Brasil)

**Me. Diego de Paiva Vasconcelos**, (Universidade Federal de Rondônia (UNIR) - Porto Velho, RO / Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Rio de Janeiro - RJ - Brasil)

**Me. Gustavo Fernandes Meireles**, (Université Paris-Saclay/Université d'Évry Val d'Essonne (França) - França)

**Me. Tércio Aragão Brilhante**, (Advocacia-Geral da União (AGU) - Fortaleza - CE - Brasil)

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

**Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva**, (Centro Universitário Christus (Unichristus) / Universidade Estadual do Ceará (UECE) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dr. Alexandre Fernandes Dantas**, (Universidade Estácio de Sá (UNESA) - Rio de Janeiro - RJ - Brasil)

**Dr. Altamirando Pereira da Rocha**, (Universidade Federal de Uberlândia (UFU) - Uberlândia - MG - Brasil)

**Me. Ana Paula Pinto Lourenço**, (Universidade Autônoma de Lisboa (UAL) - Lisboa - Portugal)

**Dr. Antonio Baptista Gonçalves**, (Escola Paulista de Política, Economia e Negócios (EPPEN) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto**, (Universidade Cruzeiro do Sul (UNICSUL) / Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) - SP - Brasil)

**Dra. Bárbara Silva Costa**, (Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRITTER) / Universidade do Vale do Rio dos Sinos, (UNISINOS) - Porto Alegre - RS - Brasil)

**Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes**, (Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie) - Campinas - SP - Brasil)

**Dra. Danielle Annoni**, (Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis, SC / Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Curitiba - PR - Brasil)

**Dr. Diego Richard Ronconi**, (Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) / Instituto dos Juízes Federais do Estado de Santa Catarina (IJUFE) - Florianópolis - SC - Brasil)

**Dr. Edson Kiyoshi Nacata Junior**, (Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) - Belo Horizonte - MG - Brasil)

**Dra. Elaine Harzheim Macedo**, (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) - Porto Alegre - RS - Brasil)

**Dr. Elcio Nacur Rezende**, (Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) - Belo Horizonte - MG - Brasil)

**Dr. Emerson Gabardo**, (Universidade Federal do Paraná (UFPR) / Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Curitiba - PR - Brasil)

**Dra. Érika Pires Ramos**, (Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) - Campina Grande, PB / Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) - Piracicaba - SP - Brasil)

**Dr. Etienne Picard**, (Paris 1 Pantheon-Sorbonne University - Paris - France)

**Dr. Everton das Neves Gonçalves**, (Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis - SC - Brasil)

**Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido**, (Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) - Belo Horizonte, MG / Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - Vitória - ES - Brasil)

**Dra. Fernanda Busanello Ferreira**, (Universidade Federal de Goiás (UFG) - Goiânia - GO - Brasil)

**Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros**, (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) - Porto Alegre, RS / Centro Universitário La Salle (UNILASALLE) - Canoas - RS - Brasil)

**Dr. Flávio José Moreira Gonçalves**, (Universidade Federal do Ceará (UFC) / Centro Universitário Christus (Unichristus) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dr. Friedrich Müller**, (Universidade de Heidelberg - Heidelberg - Alemanha)

**Dra. Gabrielle Bezerra Sales**, (Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRITTER) - Porto Alegre - RS - Brasil)

**Dra. Germana Parente Neiva Belchior**, (Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dra. Gretha Leite Maia**, (Universidade Federal do Ceará (UFC) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues**, (Faculdade Meridional (IMED) - Passo Fundo - RS - Brasil)

**Dr. Ingo Wolfgang Sarlet**, (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS - Porto Alegre - RS - Brasil)

**Dr. Isaac Costa Reis**, (Universidade de Brasília (UnB) - Brasília - DF - Brasil)

**Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz**, (Fundação Universidade de Itaúna (FUIT) - Itaúna - MG / Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) - Belo Horizonte - MG - Brasil)

**Dra. Joana Stelzer**, (Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis - SC - Brasil)

**Dr. João Luís Nogueira Matias**, (Universidade Federal do Ceará (UFC) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho**, (Fundação Getulio Vargas (FGV-SP) / Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. José Calvo González**, (Universidad de Málaga (UMA) - Málaga - Espanha)

**Me. José Edmar da Silva Ribeiro**, (Universidade Federal do Ceará (UFC) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dr. José Francisco de Assis Dias**, (Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE) - Toledo - PR - Brasil)

**Dr. Juraci Mourão Lopes Filho**, (Centro Universitário Christus (Unichristus) - Fortaleza - CE - Brasil)

**Dr. Leonardo Netto Parentoni**, (Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Grupo IBMEC Educacional S.A - Belo Horizonte - MG - Brasil)

**Dr. Leonel Pires Ohlweiler**, (Universidade La Salle (UNILASALLE) / Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) - Canoas - RS - Brasil)

**Dr. Luciano Nuzzo**, (Università del Salento - Lecce - Itália)

**Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira**, (Universidade Federal da Bahia - UFBA - Salvador - Bahia - Brasil)

**Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto**, (Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Brasília, DF / Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) - Criciúma - SC - Brasil)

**Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau**, (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) / Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) - Campo Grande - MS - Brasil)

**Dr. Nitish Monebhurrn**, (Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Brasília - DF - Brasil)

**Dr. Nelson Finotti Silva**, (Centro Universitário Euripedes de Marília (UNIVEM) - Marília, SP / Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Catanduva (FAFICA) - Catanduva - SP - Brasil)

**Dr. Octávio Campos Fischer**, (Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL) - Curitiba - PR - Brasil)

**Dr. Oksandro Osdival Gonçalves**, (Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Curitiba - PR - Brasil)

**Dr. Paulo Ferreira da Cunha**, (Faculdade de Direito da Universidade do Porto, (FDUP) - Porto, Portugal / Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Rafael Santos de Oliveira**, (Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) - Santa Maria - RS - Brasil)

**Dra. Renata Giovanoni Di Mauro**, (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) / Universidade Paulista (UNIP) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Renato Duro Dias**, (Universidade Federal do Rio Grande (FURG) - Rio Grande - RS - Brasil)

**Dr. Rennan Faria Krüger Thamay**, (Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) / Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Roberto Bueno Pinto**, (Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) / Universidade Federal de Uberlândia (UFU) - Uberlândia - MG - Brasil)

**Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**, (Universidade de São Paulo (USP) / Universidade Nove de Julho (UNINOVE) - São Paulo - SP - Brasil)

**Dr. Roberto da Silva Fragale Filho**, (Universidade Federal Fluminense (UFF) - Niterói - RJ - Brasil)

**Dra. Vera Lucia da Silva**, (Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis - SC - Brasil)

**Dra. Yvete Flávio da Costa**, (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) - Franca - SP - Brasil)

#### **SUPORTE DE TI**

**Israel Damasceno Caxilé**, (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza - CE - Brasil)

#### **BIBLIOTECÁRIAS RESPONSÁVEIS**

Tusnelda Maria Barbosa

Patrícia Vieira Costa

#### **REVISÃO DE LÍNGUA PORTUGUESA**

Ellen Lacerda Carvalho Bezerra

Heitor Nogueira da Silva

Helena Cláudia Barbosa

Idália Cavalcanti Parente (Coord.)

Maria Gleiciane Araújo

Silvana Rodrigues de Oliveira

#### **CAPA**

Ivina Lima Verde

#### **COORDENAÇÃO DE DESIGN**

Jon Barros

#### **PROJETO GRÁFICO/ DIAGRAMAÇÃO**

Alex Keller

Francisco Myard

Juscelino Guilherme

#### **CORRESPONDÊNCIA**

Unichristus

Editoria da Revista Opinião Jurídica

Avenida Dom Luís, 911 – 1º andar

Aldeota – CEP 60.160-230 - Fortaleza – Ceará

Telefone: 85 3457.5396

e-mail: [opiniaojuridica01@unichristus.edu.br](mailto:opiniaojuridica01@unichristus.edu.br)

# VELOCIDADE E INTEGRIDADE EM MAIS UMA EDIÇÃO DA REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

Alvíssaras!...

O dever de casa está cumprido: a Revista Opinião Jurídica abre o mês de julho, já publicando a edição de jul./dez. de 2018. Enquanto me despeço do pessoal da gráfica, ouço uma voz soletrando aqui no peito: U-A-U!...

Os colegas mais experimentados não de perdoar a minha alegria colegial, mas, como é a primeira vez que realizamos essa façanha, depressa mandei lustrar as nossas botinas para um desfile aqui no 1º andar. [É uma marcha silenciosa e sem alardes, ninguém desconfia que estamos a desfilar, como convém à boa etiqueta]. Aliás, em homenagem aos bons modos, eu até me exigiria mais contenção, mas se tenho uma pequenina tropa de soldados bravios – a quem tudo devo – só me resta estender-lhes metros e metros de tapete vermelho e de gratidão.

O fato é que, doravante, publicaremos sempre uma edição à frente. Assim, no 2º semestre de 2018, já estaremos publicando a 1ª edição de 2019. E mais: estamos planejando uma emancipação: em breve seremos quadrimestrais: aleluia!

Mas há muitas outras alegrias saindo dessa fornada:

## 1) Quanto à velocidade da entrega de respostas e quanto ao tempo de publicação:

Uma das maiores alegrias da equipe da Revista Opinião Jurídica é constatar que os autores percebem a nossa preocupação e o nosso compromisso com a velocidade da entrega de respostas. Não por acaso, apesar do rigor com que os nossos artigos são avaliados, **somente no ano passado (2017), recebemos 411 novas submissões**, e, ao fim de 2018, realizaremos uma nova contagem.

### 1.1) Quanto ao decurso de tempo entre a submissão e a resposta dos *artigos aprovados* na presente edição:

Para efeito de cálculo da **média** de tempo de espera até a resposta de aprovação dos presentes artigos, consideramos apenas os 13 artigos aprovados em *peer review* e excluímos da contagem 01 artigo convidado. Contabilizando o total de dias transcorridos entre a data de submissão e a data de aprovação dos 13 artigos submetidos ao *peer review*, obtivemos, como **média de tempo de resposta** (da submissão à aprovação) o **total de 119 dias (quatro meses incompletos)**.

Mas percebemos que havia – entre os 13 trabalhos aprovados – uma variação de velocidade de resposta muito grande entre os artigos, sendo o nosso melhor tempo um artigo aprovado em apenas 27 dias (menos de um mês), enquanto o nosso desempenho mais lento demandou 299 dias (quase dez meses) até a data da aprovação. Muitos fatores concorrem para essa diferença de tempo de resposta, por isso, vamos estudar e aprimorar, cada vez mais, os nossos processos internos, embora saibamos que há variáveis que refogem ao nosso controle: volume de submissões; baixa adesão da área jurídica à atividade de avaliação por pares; grau de especialidade necessária à avaliação de cada artigo; presteza do autor em atender às recomendações dos pareceristas cegos; *timing* de submissão do artigo (há autores que só mandam artigos quando estamos concentrados em finalizar uma edição ou saindo de recesso); entre outros. Em futuras oportunidades, esperamos esclarecer melhor outros fatores que favorecem um processamento mais célere, mas, por ora, vale a regra de ouro: o princípio da não transferência de responsabilidade: artigos bem cuidados, bem redigidos, devidamente revisados quanto à língua portuguesa e quanto aos elementos de língua estrangeira, atendimento à normalização do periódico, completude dos dados concernentes às fontes utilizadas, etc. Em suma: a profissionalização dos autores é um dos mais importantes fatores para impulsionar as chances de aprovação e de celeridade da publicação.

Gostaria de ressaltar também que cada periódico estabelece suas políticas internas de prioridade. Por exemplo, nós tentamos garantir processamento mais célere para os nossos pareceristas. Sendo respostas favoráveis ou não, tentamos fazer com que cheguem logo. Penso que é o mínimo de homenagem que a equipe pode prestar a esses colaboradores tão preciosos. Mas também há outras questões que suscitam uma necessidade de priorização, e que não decorrem de nós, mas da necessidade de o periódico atender às políticas adotadas pelas bases internacionais de indexação ou pela própria Capes – assim, artigos de doutrina estrangeira (sobretudo em inglês), ou artigos escritos por autores brasileiros, desde que em inglês *fluente*, sobre temas aptos à internacionalização, recebem



prioridade de processamento, atribuindo-se ao autor do artigo aprovado o ônus de custeio de revisão profissional, sempre que necessário.

Descortinados os bastidores do nosso processamento, para o qual concorrem tantas variáveis, inclusive uma pitada de sorte (ah, o imponderável...), gostaria de, a bem da transparência, declinar o tempo que levamos para aprovar os artigos da presente edição *em números de dias*: 27, 40, 48 (menos de 2 meses); 72, 77 (até 3 meses); 95, 105, 114, 121 (até 4 meses); 132, 152 (até 5 meses); 268, 299 (até 9 ou 10 meses incompletos).

Assim, para mitigar a discrepância entre as nossas melhores performances e os nossos desempenhos mais lentos, além da média, decidimos calcular também a **mediana**, que representa o desempenho mais central, referente ao tempo de resposta do 7º artigo, numa escala de velocidade traçada entre os 13 artigos submetidos ao *double blind review*.

Assim, enquanto a média de tempo de resposta foi de 119 dias (quase 4 meses) – tomando-se como base o cálculo aritmético relativo aos 13 artigos –, **a nossa mediana relativa ao tempo de resposta entre a submissão e a aprovação foi de apenas 105 dias (03 meses e meio) de espera.**

## 1.2) Quanto ao decurso de tempo entre a submissão e a publicação dos artigos aprovados na presente edição:

Tivemos de rediagramar toda essa edição, em razão da descoberta de fraude logo no 1º dos artigos que compunham a versão da prova originalmente diagramada pela gráfica. É que, apesar de haverem concordado com a exigência de ineditismo que temos feito no momento da submissão, os/as autores/as já haviam publicado o conteúdo daquele trabalho em outra revista, modificando apenas o título e uma das palavras-chave (além de 1 ou 2 frases, se muito) para a versão que nos foi submetida. A ausência de ineditismo do conteúdo, quando não comunicada previamente ao editor, para que avalie se tem ou não interesse e condições de republicação, é considerada quebra de fidúcia e grave violação às normas de boas práticas na pesquisa,<sup>\*</sup> podendo atrair prejuízos incalculáveis a depender do caso. Após comunicarmos a sorumbática descoberta aos autores em questão, excluímos o seu artigo da presente edição. E, apesar dos prejuízos pessoais que isso trouxe para mim e para minha equipe, conseguimos superar esse obstáculo, redobrando esforços, para minimizar o atraso que essa fraude implicaria quanto ao tempo de publicação dos demais autores. Apesar de todo esse tumulto, ainda conseguimos garantir uma **mediana relativa ao tempo de publicação de 161 dias (05 meses e 11 dias) de espera**, cumprindo um tempo de publicação mais rápido que o padrão recomendado por bases como a Scielo Brasil.

Portanto, agradeço a todos os nossos autores, os quais se mostraram bastante colaborativos e compreensivos, em face de todas as medidas que se fizeram necessárias ao atingimento desses resultados.

## 2) Quanto ao índice de exogenia de autores e de pareceristas:

2.1) Tivemos uma edição com **92,85% de exogenia quanto à procedência dos trabalhos**: sendo 02 artigos de doutrina estrangeira (ambos da Itália) e 12 artigos originários de 09 estados das cinco regiões do Brasil: PA (Norte); PE/BA/CE (Nordeste); DF (Centro-Oeste); SP/RJ/ES (Sudeste) e PR (Sul).

2.2) Tivemos também o auxílio luxuoso de **57 pareceristas**, sendo apenas 02 do Ceará e 55 pareceristas exógenos (**96,49% de exogenia quanto aos pareceristas**); os quais advieram de 15 estados distintos, envolvendo as cinco regiões do Brasil, e da Alemanha.

Finalmente, agradeço a todos os inestimáveis colegas da equipe editorial e da gráfica, sem os quais eu estaria vagueando nos umbrais de um precipício.

Fortaleza, 01 de julho de 2018.

Profa. Dra. Fayga Bedê  
Editora-Chefe  
<https://orcid.org/0000-0001-6444-2631>

---

\* Para acessar as normas do COPE de boas práticas para autores, vide a excelente tradução de Carlos Luis Strapazzon, em seu editorial para a revista EJJL, disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/16934/pdf>>.

# SUMÁRIO

## EDITORIAL

- IL DIRITTO, LA SCIENZA E LA TECNOLOGIA .....13  
*Stefano Magnolo, Alessandro Taurino*
- INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXECUTADAS PELO TERCEIRO SETOR .....28  
*Max Brito Repsold, Benjamin Miranda Tabak*
- GOVERNANÇA GLOBAL DA TRIBUTAÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE COOPERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA FISCAL .....54  
*Alceu Mauricio Junior*
- A ATIVIDADE LEGISLATIVA E A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA A PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO PRIVADO .....83  
*José Wilson Ferreira Lima*
- ESTRATÉGIAS E MEDIATOS UTILIZADOS PELO TRÁFICO DE DROGAS PARA INTEGRAÇÃO DOS PRESÍDIOS ÀS REDES TERRITORIAIS EXTERNAS: UMA REVISÃO DA LITERATURA ..... 110  
*Roberto Magno Reis Netto, Clay Anderson Nunes Chagas*
- POLICY SWITCH E O EFEITO DOS DESVIOS DE MANDATO PARA A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA ..... 140  
*Mariana Dionísio de Andrade*
- A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COMO ÓBICE AO ACESSO À JUSTIÇA ..... 160  
*Daniela Meca Borges, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira*
- EVOLUÇÕES HISTÓRICAS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DO TABAGISMO POR MEIO DE DECISÕES JUDICIAIS..... 184  
*Antônio Carlos Efig, Letícia Mottin*
- IL DIRITTO INTERNAZIONALE PUÒ SCONGIURARE LE GUERRE?.....222  
*Livio Perra*
- DIREITO DO CONSUMIDOR EM PERSPECTIVA COMPARADA: UMA ABORDAGEM JURIMÉTRICA.....241  
*Dalson Britto Figueiredo Filho, Renato Hayashi, Paulo Fernando de Lima Oliveira, José Luiz Vieira*
- INDUSTRY 4.0: HORIZONTAL INTEGRATION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW STRATEGIES IN ENGLAND .....268  
*Marcelo Negri Soares, Marcos Kauffman*

A CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA LOCAL PARA A SUPERAÇÃO DA BAIXA DIMENSÃO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS .....	290
<i>Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha</i>	
O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DA MATRÍCULA E A FRAUDE À EXECUÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE A LEI N. 13.097/2015 E O CPC/2015 .....	310
<i>Fredie Souza Didier Jr, Paula Sarno Braga</i>	
O DIREITO À ANCESTRALIDADE GENÉTICA VERSUS A PREVENÇÃO AO ABORTAMENTO E AOS CRIMES CONTRA OS NEONATOS: ANÁLISE COM BASE NO PARTO ANÔNIMO.....	331
<i>Renata Oliveira Almeida Menezes, Silvio Romero Beltrão</i>	
NOMINATA DE AVALIADORES .....	348

# IL DIRITTO, LA SCIENZA E LA TECNOLOGIA<sup>1</sup>

Stefano Magnolo\*  
 Alessandro Taurino\*\*

1 Introdução. 2 Evolução. 3 Tecnologia. 4 Inteligência artificial. 5 Conclusões.  
 Referências.

## RIASUNTO

Le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione giocano un ruolo rilevante per i sistemi sociali coinvolti. Per questo la descrizione teorica della società non può trascurare la dipendenza sempre maggiore della società moderna dalla tecnologia. Il nostro articolo si prefigge l'obiettivo di esaminare il progresso tecnologico dal punto di vista della evoluzione degli strumenti giuridici regolativi delle nuove tecnologie. Si tratta di un punto di vista sociologico-giuridico dove è in gioco la dinamica dell'evoluzione del diritto rispetto alla evoluzione della società. Diversamente da altri settori del diritto, esempio classico il diritto di famiglia, qui non c'è una tradizione consolidata alla quale riferirsi o da rigettare. Ciò significa che le soluzioni devono essere "inventate" alla luce di paradigmi nuovi che, pur facendo appello a figure giuridiche fondamentali, abbiano una capacità visionaria, siano cioè, come dice Luhmann, "gravidi di futuro". Il nostro discorso partirà dunque da un inquadramento teorico generale delle dinamiche diritto-tecnologia-società per concludere avendo come riferimento il caso specifico della intelligenza artificiale.

**Parole chiave:** Progresso tecnologico. Evoluzione sociale. Law and Society. Human Enhancement Technologies. Intelligenza artificiale.

## 1 INTRODUZIONE

Questo articolo ha come oggetto l'osservazione delle dinamiche temporali nella dimensione sociale. Con ciò intendiamo riferirci alla questione delle trasformazioni strutturali che interessano la società nel suo complesso, alcuni ambiti della sua articolazione e le relazioni che intercorrono tra questi differenti livelli. Ma soprattutto intendiamo riferirci al fatto che ci poniamo al livello della osservazione di secondo ordine e infatti affermare che l'oggetto è costituito dalla osservazione di quelle dinamiche significa che noi osserviamo osservazioni

\* Assistant Professor of Sociology of Law and Social Change, Facoltà di Lettere e Filosofia, Lingue e Beni Culturali, Università del Salento, Lecce - Italia. E-mail: <[stefano.magnolo@unisalento.it](mailto:stefano.magnolo@unisalento.it)>. <http://orcid.org/0000-0001-7252-8822>

\*\* Laurea in Giurisprudenza e diploma di Specializzazione in professioni legali presso l'Università del Salento, Lecce - Italia. Avvocato presso il foro di Lecce - Italia. <https://orcid.org/0000-0001-5981-9289>



(LUHMANN, 1995a; ESPOSITO, 1993).

Da una parte avremo dunque a che fare con la dinamica delle relazioni diritto-società, dinamica che costituisce il riferimento oggettuale primario della sociologia del diritto. Dall'altra, dobbiamo distinguere due differenti livelli di interazione. Il primo concerne l'interazione che intercorre tra le innovazioni prodotte da un particolare sistema sociale, quale il sistema scientifico, e la "risposta" del sistema giuridico a tali innovazioni. Questa la rappresentazione della dinamica diritto-società nel caso particolare della scienza: il diritto moderno si adatta, si dice, alla mutata realtà sociale. Il secondo livello di interazione corrisponde alla dinamica delle trasformazioni innescate dallo sviluppo tecnologico, che ha un effetto particolare sull'ambiente umano e sulla comunicazione.

Il diritto moderno, come la semantica, segue necessariamente a distanza l'evoluzione della società. È fatto apposta, potremmo dire. Ciò che lo rende moderno è proprio la sua continua mutabilità, a differenza del diritto antico, legittimato dalla tradizione o del diritto naturale, universalmente valido ed eterno come l'istanza della sua legittimazione. La società cambia e il diritto moderno si adatta a questi cambiamenti. Esempio classico quello delle relazioni intime, che forse sono quelle che più immediatamente riflettono il cambiamento del modo di vivere e sentire della società. In questi casi il diritto riconosce, per esempio, altre forme di convivenza diverse dal matrimonio che si sono diffuse nella realtà sociale contemporanea. Certo, in misura e con modalità differenti nei vari paesi, a ulteriore conferma dell'assenza di modelli unici di riferimento e della sostanziale contingenza di tutte le norme, con una sola eccezione: le norme costituzionali. Le costituzioni, infatti, costituiscono un elemento divergente rispetto alla dinamica temporale del diritto ordinario. In qualche modo sono una sorta di "residuo" dell'antico diritto naturale, come dimostrano le difficoltà incontrate da Kelsen nella ricerca della loro fonte di legittimazione.<sup>2</sup> La costituzione, infatti, non rispetta uno dei principi basilari delle codificazioni moderne, quello in base al quale il diritto nuovo è abrogativo di quello vecchio (TARELLO, 1976, p. 15-42). In questo senso, mentre per la scienza giuridica diventa problematica la legittimazione di un diritto ordinario temporalmente instabile, potremmo dire, la validità delle sue norme fino a che non ne intervengano di nuove, nel caso della costituzione il problema teorico diventa quello di un diritto che resta stabilmente valido nel futuro nonostante provenga, per così dire, dal passato.<sup>3</sup>

Ancora alcune ulteriori specificazioni prima di descrivere il punto di vista a partire dal quale ci muoviamo. La prima riguarda la scienza. Parliamo di sistema scientifico ad indicare sia le scienze *hard*, che nel nostro caso potrebbero essere la cibernetica, le biotecnologie, e le ICT, sia le scienze *soft*, quali le scienze umane e sociali.<sup>4</sup> La nostra discussione si svolge al livello della scienza giuridica, della osservazione sociologica del diritto, nel caso specifico delle dinamiche diritto-società in chiave evolutiva, come chiariremo più avanti. La scienza entra quindi due volte nel nostro discorso. Questa precisazione serve a introdurre la seconda precisazione. È doveroso infatti chiarire come il nostro discorso è possibile solo a livello della scienza, di una scienza sociologica del diritto nel nostro caso, dato che intendiamo

come separati l'ambito del diritto e l'ambito della politica, che è quello interessato dalla produzione normativa. Contrariamente ad una lunga tradizione che, sulla base del concetto politico di stato di diritto e della costituzione considerata come documento giuridico-politico, vede un sistema giuridico-politico unitario, noi intendiamo questi due ambiti come separati (LUHMANN, 1997, p. 407-439). È la proposta teorica di Luhmann, che rinviene proprio nell'esistenza della costituzione come documento giuridico-politico che contiene le norme (giuridiche) che regolano la produzione (politica) del diritto il meccanismo della separazione dei due ambiti e del loro *modus operandi* (LUHMANN, 1996). La logica che presiede a questa visione muove dalla constatazione che la distinzione dei due ambiti, quello politico e quello giuridico, è plausibile perché la loro differenziazione, basata sulla positivizzazione del diritto e la democratizzazione del potere politico conseguiti con le codificazioni moderne, non significa separazione o allontanamento, ma al contrario rende disponibili, grazie alla costituzione, possibilità di relazione tra i due ambiti così distinti (LUHMANN, 2002).

Se facciamo un passo indietro, vediamo come la nostra discussione solo apparentemente dovrebbe svolgersi a livello del sistema politico, in quanto investito appunto della selezione del materiale normativo astrattamente possibile. Tuttavia, come vedremo meglio più avanti, il discorso politico in quanto tale si svolge secondo logiche che qui non prenderemo in considerazione e che caratterizzano il momento della produzione del diritto. Questo momento si caratterizza come un procedimento, certo giuridicamente regolato abbiamo detto, che differisce sostanzialmente dai procedimenti giuridici e dalla loro logica e dove la discussione può svolgersi ammettendo le argomentazioni più disparate, ma che solo si conclude con il consenso della maggioranza sulla proposta selezionata (LUHMANN, 1995b). È questa la logica, il codice che guida la comunicazione politica e la distingue dagli altri ambiti della comunicazione, quali il diritto e la scienza. Se dunque il nostro discorso si colloca al livello del sistema scientifico (ma verrebbe da chiedersi: e dove altrimenti?) di una teoria sociologica del diritto, diventa possibile lavorare al nostro tema sia muovendoci nell'ambito dei criteri di scientificità del nostro approccio teorico, sia ragionando in termini di plausibilità giuridica delle questioni sollevate e delle possibili soluzioni, una plausibilità che include dunque anche i criteri di coerenza interna (quindi giuridici) del materiale normativo, compreso lo stesso giudizio di costituzionalità cui debbono soggiacere le decisioni del potere politico. Il paragrafo successivo illustrerà il nostro riferimento teorico in relazione alle dinamiche evolutive. Nel terzo, invece, vedremo come entra nelle nostre dinamiche la questione della tecnologia. È il quarto paragrafo che avrà ad oggetto la discussione delle implicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale. Nell'ultimo presenteremo le nostre conclusioni.

## 2 EVOLUZIONE

Il binomio diritto-società, che abbiamo richiamato precedentemente ad indicare la dinamica coinvolta dal nostro tema, deve essere precisata in merito al nostro obiettivo,

tenuto conto del riferimento teorico costituito dalla teoria dei sistemi sociali e dalla sua comprensione della società moderna come società funzionalmente differenziata.<sup>5</sup> Infatti, tale denominazione non deve trarre in inganno rispetto alla circostanza che il sistema giuridico è parte anch'esso della società e co-evolve insieme ad essa. Con ciò intendiamo chiarire, da un lato, che le dinamiche evolutive del sistema giuridico sono dinamiche che hanno il loro referente primario nei sistemi sociali e non in un presunto universo normativo alieno alla dimensione sociale. Non c'è dunque, da questo punto di vista, una contrapposizione tra normativo e fattuale, tra essere e dover essere, tra norme e fatti.<sup>6</sup> Dall'altro lato, che in linea di principio, la sfera extra-sociale, non ha, e questo ha conseguenze sul nostro tema, effetti diretti sulla società e dunque neanche sul sistema giuridico, se non in senso distruttivo. Né si può parlare di una relazione diretta del tipo stimolo-risposta neanche nel caso delle connessioni tra il diritto e le altre sfere sociali. Piuttosto, dobbiamo immaginare, ricollegandoci al paragrafo precedente, una logica più complessa che consiste nell'attivazione di dinamiche che sono proprie dei singoli sistemi e tra loro differenziate. Il sistema politico ricostruisce la società al suo interno a partire dal suo punto di vista che consiste nella costruzione del problema sociale rispetto al quale (programmazione di scopo), vengono prodotte proposte di soluzione (proposte di legge). La selezione di una di queste in base al codice maggioranza/opposizione in sede di discussione nell'ambito del procedimento legislativo diventa decisione collettivamente vincolante grazie al medium del potere. Il sistema giuridico, da parte sua, grazie all'accoppiamento strutturale con la politica realizzato dalla costituzione si trova a dover operare a un livello di complessità ridotto rispetto alla politica, per questo i procedimenti che caratterizzano le organizzazioni del sistema giuridico (per esempio i tribunali) sono di tipo differente. L'intervento politico infatti qui funge da "premessa decisionale" per il diritto, selezionando tra quelli possibili il contenuto che diventa norma. A partire da qui, il sistema giuridico dovrà decidere se e dove ricorrono le condizioni per l'applicazione della norma e dunque delle conseguenze previste. D'altra parte, questo rapporto tra politica e diritto non va inteso in senso gerarchico, né nel senso di una preordinazione della politica rispetto al diritto. Il rapporto, invece, è di tipo circolare: potremmo descrivere l'intero passaggio alla modernità dal punto di vista della trasformazione di rapporti lineari (verticalità: gerarchie) in circolarità. In questo caso si tratta della sostituzione della catena della legittimità (conosciuta anche come concezione discendente del potere) con un rapporto circolare realizzato dalla costituzione e in base al quale la politica pone il diritto, ma il diritto esercita il giudizio di legittimità costituzionale sulla decisione politica. In questo modo, ricollegandoci alla discussione in apertura di paragrafo, si realizza la separazione tra i due ambiti, ma allo stesso tempo anche il loro stretto legame. Una volta chiarito il rapporto tra politica e diritto, se noi ci muoviamo, come abbiamo anticipato, nell'ambito del sistema scientifico dovremo tener conto innanzitutto di un altro codice e altri programmi per la tecnicizzazione del codice e cioè altri media simbolicamente generalizzati,<sup>7</sup> poiché quelli della politica e del diritto non sono qui rilevanti. Ma il sistema scientifico entra qui in gioco a più livelli come abbiamo

visto. Se ci ricollegiamo ad Hans Kelsen, che abbiamo più volte richiamato, vediamo come parallelamente alla definizione di quell'universo normativo (dover essere) specificamente rappresentato dal diritto rispetto all'universo fattuale (essere), la sua proposta teorica definisce la scienza giuridica come una scienza che possiede anch'essa i caratteri di normatività del suo oggetto, a differenza di una scienza come la sociologia che si occupa della descrizione della realtà, di ciò che accade (e di come mai accade ciò che accade) invece di ciò che deve accadere (KELSEN, 1967).

Tanto per dire che anche il nostro discorso potrebbe svolgersi al livello di quella particolare scienza che è la scienza giuridica, come una teoria della riflessione del sistema giuridico, per usare il lessico luhmanniano. Ma il punto a partire dal quale ci muoviamo non è quello della teoria del diritto, di una autosservazione del sistema giuridico ma di una eterosservazione, di una osservazione esterna, una osservazione sociologica del sistema giuridico, in questo caso delle trasformazioni di questo sistema innescate da uno sviluppo tecnologico.<sup>8</sup> Della sua evoluzione, dunque, poiché è questo che intendiamo per evoluzione: la trasformazione delle strutture. Come abbiamo anticipato, in quanto sono da escludere rapporti puntuali con l'ambiente, sia con l'ambiente interno alla società, sia a maggior ragione con l'ambiente esterno, o relazioni causali, si tratta di osservare come il diritto segue su base autoreferenziale, per autocontatto quindi, l'evoluzione degli altri sistemi sociali, del suo ambiente sociale, rispetto al quale appare in coevoluzione. Sarà dunque rilevante osservare come sia possibile l'evoluzione di un singolo sistema e anche per quanto riguarda la tecnica dovrebbe essere utile definire in che senso essa abbia effetti sulla evoluzione della società. Nel prossimo paragrafo accenneremo all'importanza dell'evoluzione dei mezzi di comunicazione sulla forma prevalente della differenziazione sociale. D'altra parte, qui possiamo solo accennare al fatto che è difficile, se non impossibile determinare sviluppi singoli, pur dovendo ammettere un'assenza di coordinamento e di pianificazione per quanto riguarda la creazione delle tecnologie della comunicazione e le loro conseguenze sul successivo sviluppo sociale. Allo stato attuale non possiamo prescindere dal riconoscere che gli sviluppi tecnologici più recenti hanno ulteriormente avvicinato termini una volta contrapposti al concetto di tecnica: non solo la natura e la tecnica oggi tendono a confondersi ma la stessa umanità, una volta pensata come minacciata dal potere della tecnica, oggi può immaginare grazie ad essa la sua emancipazione dai propri limiti. Nella conclusione vedremo in che senso e con quali implicazioni per la società. Per ora basti anticipare che non possiamo più pensare alla tecnologia come a una mera applicazione della scienza (LUHMANN, 1998, p. 517-522).

### 3 TECNOLOGIA

Ci troviamo qui in un ambito particolare di articolazione della nostra società. Ciò che ci interessa è lo sviluppo tecnologico e l'evoluzione delle strutture comunicative che questo sviluppo innesca. Parlare di tecnica e tecnologia, significa, dal nostro punto di vista, prendere

in considerazione una implicazione sociale di queste in quanto le rendiamo oggetto della comunicazione, tema della comunicazione. Tuttavia, la tecnologia ha una rilevanza di altro tipo rispetto alla comunicazione quando ci riferiamo alle tecnologie della comunicazione, ma anche per quanto concerne i nuovi sviluppi tecnologici. Questo ha ricadute notevoli sul nostro tema, ma andiamo con ordine.

Una descrizione dell'evoluzione della società moderna può essere effettuata osservando lo sviluppo dei media della comunicazione, anche se spesso i sociologi hanno trascurato questo aspetto, se si pensa che, afferma Luhmann (2015, p. 98-99), "le questioni legate alla nascita della scrittura sono state lasciate agli storici dell'antichità; se ne sono occupati anche gli etnologi e i linguisti."<sup>9</sup> A partire dalla stampa del libro, ma secondo alcuni già con la scrittura, la tecnica ha messo a disposizione della società sempre nuovi e più efficaci "media della diffusione" che hanno consentito la riproduzione appunto tecnica della comunicazione, risolvendo specifici problemi. Il diritto e la politica, da parte loro, hanno "reagito" a questo sviluppo attraverso proposte di regolazione degli strumenti che si sono affermati a questo scopo. Istituti quali il copyright e l'authorship, i brevetti ecc., per esempio, con il tempo si sono dovuti adattare a nuove configurazioni rese possibili dall'uso del computer e di Internet. Si tratta di sviluppi che, da un altro punto di vista, hanno dato vita all'idea che si tratti di tecnologie, "di sviluppi tecnologici" dice Luhmann (2015, p. 100): "e che tutto il resto sarebbe una loro conseguenza collaterale"; e d'altra parte, conclude, come nel caso della tecnica, neanche il concetto di tecnologia è stato chiaramente definito.

Dal punto di vista che ci interessa, la teoria dei sistemi offre un potente strumento utile a collocare la tecnologia e gli sviluppi tecnologici in quadro teorico più ampio e coerente rispetto al problema che stiamo trattando. Ci muoviamo, lo ripetiamo, nell'ambito del sistema sociale complessivo della comunicazione, caratterizzato dalla differenziazione funzionale di sottosistemi quali la scienza, il diritto, la politica, l'educazione, l'economia, la religione, per citare solo i maggiori, tra i quali non esistono rapporti gerarchici. Quando parliamo di evoluzione del diritto, abbiamo a che fare con una differenza tra sistema e ambiente, che in questo caso è riconducibile alla differenza tra il sistema del diritto e il suo ambiente costituito da tutti gli altri sottosistemi sociali, mentre l'ambiente esterno alla società è rimasto finora sullo sfondo. Tuttavia, una definizione della tecnologia che mutuiamo da Luhmann (1998), rimette in gioco anche l'ambiente esterno nelle dinamiche che stiamo osservando. Infatti, è possibile, dal punto di vista sociale, definire la tecnologia come un ambito della comunicazione che ha la funzione di intervenire sull'ambiente fisico, chimico e biologico.<sup>10</sup>

Questa definizione ci consente di introdurre quella innovazione specifica costituita dalla intelligenza artificiale. Ci stiamo spostando dalle ricadute dell'innovazione tecnologica sullo sviluppo dei media della comunicazione ad un nuovo paradigma tecnologico con implicazioni di natura ben differente. Già il computer e Internet definiscono chiaramente un ambito di sviluppo che consiste nell'incremento della capacità (limitata) umana di elaborazione della informazioni (RHEINGOLG, 1985; CASTELLS, 1996, 2001). Con Herbert Simon avevamo

assistito ad una svolta nello studio del comportamento decisionale nelle organizzazioni, che consiste in una critica dell'approccio normativo della economia classica e nello sviluppo di un approccio descrittivo al processo decisionale che mette appunto in discussione il decisore olimpico dotato di una razionalità assoluta ipotizzato dalle teorie classiche (SIMON, 1985). Simon, infatti, non solo ha ridefinito l'ambiente della scelta, ma anche il soggetto della scelta e questo proprio sulla base di una osservazione del comportamento decisionale concreto all'interno dei contesti decisionali delle organizzazioni. Il soggetto umano, allora, per Simon, all'ora della scelta, appare dotato, piuttosto, di una razionalità che risulta limitata in virtù della sua incapacità, dal punto di vista cognitivo, di elaborare tutte le informazioni necessarie a massimizzare i propri obiettivi (SIMON, 1967).

Se dunque il computer e Internet hanno costituito un fattore decisivo verso l'incremento della capacità umana di elaborazione delle informazioni, negli ultimi anni si è assistito a sviluppi straordinari in questa direzione. Ci riferiamo alle così dette tecnologie convergenti o tecnologie NBIC (*nanotechnology, biotechnology, information technology and cognitive science*), una convergenza tecnologica tra ambiti di ricerca una volta distinti e che ha ricadute sorprendenti in termini di *human enhancement* nella medicina, per esempio, cioè della possibilità di mettere in atto interventi tesi al "potenziamento umano".<sup>11</sup>

Da qui, limitatamente al nostro tema, due questioni ci appaiono rilevanti: da un lato, le conseguenze di questa convergenza sulla evoluzione dell'ambiente della società, che riprenderemo nelle conclusioni; dall'altro lato, un caso specifico di questo sviluppo tecnologico rappresentato dall'intelligenza artificiale e dalle problematiche che pone al diritto in relazione alla sua regolamentazione giuridica, che svilupperemo nel paragrafo successivo.

Con i termini "intelligenza artificiale" ci si riferisce tanto a una disciplina di studio, in questo caso appartenente all'informatica, quanto all'oggetto studiato. Potremmo definire i sistemi hardware/software dotati di Intelligenza Artificiale, come dei sistemi in grado di realizzare prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana (SOMALVICO et al., 2003). Tale parvenza di umanità rinvenibile nelle prestazioni di sistemi dotati di IA, può essere raggiunta tramite diversi paradigmi tecnologici. Il machine learning, ad esempio, permette a un computer di apprendere da dati presenti in rete modalità di risoluzione di problemi nuove rispetto a quelle individuate in fase di programmazione. Senza addentrarci oltre in tali definizioni per ragioni di spazio, proprio l'ultimo punto risulta pregno di interesse per noi che scriviamo ma anche per i sistemi sociali già citati, il diritto e la politica: quali sono le implicazioni della nascita di sistemi hardware/software in grado di rendere possibili da sé nuove operazioni non contemplate dallo sviluppatore/progettista?

#### 4 INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Potremmo essere alle soglie di una svolta epocale tale da mettere in discussione gli

strumenti finora utilizzati per analizzare la società e i suoi sistemi sociali. Lo sviluppo tecnologico, che fino a ieri ha fornito moltissimi strumenti agli esseri umani tali da facilitare la vita e rendere possibile operazioni prima impensabili, starebbe per dare la vita a “oggetti” dotati di una qualche forma di pensiero autonomo. Questa è una dichiarazione forte e non condivisa da tutti. Vi è infatti chi sostiene che l'intelligenza artificiale non possa mai spingersi oltre rispetto alla risoluzione, neppure brillante, di piccoli problemi senza mai arrivare a sviluppare un'autocoscienza (SEARLE, 1997). Non potendo affrontare in così poche righe una questione di tale complessità, ci si può limitare a porre un dubbio a coloro che affermano di avere così granitiche certezze: non è forse in tale modo, provando cioè a risolvere specifici problemi (ad esempio, reperire cibo, sfuggire ai predatori [...]), che si sono sviluppate magnifiche forme di vita sul nostro pianeta fino ad arrivare allo stesso essere umano?

Faremo dunque largo uso del condizionale poiché l'ambito in cui ci muoviamo non è ancora chiaramente definito e le certezze sono veramente poche.

Tuttavia non possiamo esimerci dal constatare che auto a guida autonoma (TESLA, 2017), software che scrivono brani musicali (TENSORFLOW, 2017), robot che svolgono compiti di assistenza agli anziani (ROBOT-ERA, 2017) sono oggi evoluzioni tecnologiche già acquisite.

Dal punto di vista dei sistemi sociali, esse costituiscono una evoluzione del loro ambiente e ne dovranno tener conto. Un primo passo in tale direzione ci pare sia stato fatto con l'approvazione della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)). In tale documento si asserisce che

[...] nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati (EUROPEAN PARLIAMENT, 2017, *online*).

Inoltre si arriva a contemplare l'ipotesi di istituire

[...] uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi (EUROPEAN PARLIAMENT, 2017, *online*).

I passi appena riportati mettono in luce l'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo rispetto a tali innovazioni, ma, d'altra parte, costituiscono tentativi di abbozzo di nuove norme che affrontino questi cambiamenti.

Varie sono le possibili nuove norme giuridiche che il documento citato a inizio paragrafo propone come soluzioni. La più affascinante e piena di conseguenze è proprio l'attribuzione di una qualche forma di soggettività a questi nuovi “esseri”. Tuttavia, tale soluzione potre-

bbe sollevare nuove questioni che coinvolgono concetti e istituti posti alle fondamenta del sistema giuridico e frutto di evoluzioni millenarie: tramonterà nuovamente l'idea di soggetto di diritto unico in favore della presenza nel sistema giuridico di una pluralità di soggetti individuati da status differenziati sulla base di criteri diversi rispetto a quelli delle società pre-moderne: ma quali?

Assumendo il punto di vista della teoria dei sistemi, si potrebbe quasi affermare la neutralità del diritto rispetto all'eventuale nascita di esseri senzienti diversi da ciò che biologicamente si può individuare come essere umano. Infatti la teoria luhmanniana, espellendo i sistemi psichici dall'analisi del diritto come sistema sociale, si è resa immune a tali mutazioni. In altre parole che una sentenza sia resa da un giudice dotato di toga e martelletto o da un software dotato di intelligenza artificiale risulterebbe del tutto indifferente. Si tratterebbe pur sempre di operazioni giuridiche rese possibili dal sistema del diritto e di cui questo sarebbe pur sempre il risultato.

## 5 CONCLUSIONI

Il caso dell'intelligenza artificiale proposto nell'ultimo paragrafo del presente articolo induce ad una riflessione circa lo iato temporale tra evoluzioni tecnologiche e operazioni giuridiche. Il documento approvato dal parlamento europeo infatti non è affatto una norma giuridica, quanto un atto politico di impulso rivolto a un organo politico, la Commissione Europea, al fine di formulare una norma giuridica che, ad oggi ancora non esiste. Il gap temporale è frutto da un lato del rapporto, neppure stretto, tra diritto e politica, dall'altro dello stesso funzionamento della politica. Il rapporto diritto-politica, abbiamo visto, è circolare e ciò comporta che, nel momento in cui il diritto "ravvisa" la necessità di nuove norme deve attendere la politica oppure risolvere da sé i conflitti che sorgono e i casi che si presentano in qualche modo, ma: come?<sup>12</sup> Le procedure, sappiamo, necessitano tempo per formarsi e arrivare a una conclusione, che potrebbe anche non giungere, ma anche questo fa parte del funzionamento democratico. Ciò porta a una differenza temporale tra il momento in cui una nuova tecnologia vede la luce e il momento in cui si avrà una norma che vi si possa applicare. Ma la norma in questione, al momento della sua emanazione non sarà certamente riferita alla tecnologia esistente in quel momento, giacché nel frattempo tale tecnologia si sarà ulteriormente evoluta. Sembra che le norme dell'oggi siano destinate a regolare la tecnologia di ieri (SARACENO, 2015). D'altra parte, ci chiediamo se si debba sempre intervenire politicamente su ogni nuova tecnologia; dati gli ultimi sviluppi, in realtà, questo sembrerebbe non solo utile, ma necessario.

Nonostante le trasformazioni strutturali e l'evoluzione semantica siano tra loro correlate, anche qui assistiamo ad un "ritardo": il patrimonio concettuale idoneo a descrivere la società si stabilizza solo a distanza di tempo rispetto alla struttura sociale che pretende di descrivere. Sembra un fatto inevitabile. Una concettualità, per acqui-

sire plausibilità e accettazione sociale diffusa deve necessariamente “attendere” che le novità, le deviazioni dalla norma, si siano in qualche modo stabilizzate (BARALDI; CORSI; ESPOSITO, 1987).

E in ogni caso, per ciò che riguarda la semantica, ci muoviamo sempre in ambito sociale, nell’ambito della comunicazione, delle sue strutture e dei suoi media. Con la tecnologia, viceversa dobbiamo mettere in conto aspetti ulteriori. Fra questi il fatto che con la convergenza NBIC i confini tra scienze della vita e scienze hard, tra biologia e macchine convergono, come mostra il caso della intelligenza artificiale dove una macchina acquisisce caratteristiche proprie dell’intelligenza umana. A ciò va aggiunto il fatto che in questo modo, con riferimento al human enhancement, per esempio, la medicina sembra chiamata ad eccedere la sua funzione, proprio in quanto non deve occuparsi solo della cura delle malattie (MARIN, 2012; CORSI, 2015).

Qualcosa del genere si può notare anche per le prove scientifiche ammesse all’interno del processo penale. Si tratta di una pratica sempre più diffusa che ha finito per interessare anche metodologie non ancora comprovate all’interno della comunità scientifica, di fatto, in questo modo, “scaricando” sul diritto l’onere di attestarne la scientificità, cosa che evidentemente non appartiene ai suoi compiti.

Se trasformiamo dal nostro punto di osservazione le preoccupazioni per il “governo” delle scoperte scientifiche e del progresso tecnologico, non solo quelle di tipo etico, ma anche quelle relative alla capacità della società di seguirne le altre conseguenze a livello sociale, allora vediamo che il problema si pone nei termini, affatto tranquillizzanti, che possono essere espressi dalla domanda: la società complessivamente considerata sarà in grado di “sopportare” la rapidità dei cambiamenti innescati dal processo tecnologico?

In altri termini, se contestualizziamo il discorso nell’ambito dei processi evolutivi, possiamo vedere come, sulla scorta di una preoccupazione, non solo teorica, posta da Luhmann, la questione diventa quella di sviluppi parziali, non coordinati con la evoluzione della società, ma quasi indipendenti da essa e della capacità strutturale della società di accoglierli nella forma attuale, di cambiarla in conseguenza di questi (ma come?) o di non sopravvivere al loro impatto. Qui dobbiamo aggiungere che l’ambito particolare della intelligenza artificiale introduce una suggestione particolare al tema generale. Difatti qui possiamo assistere alla rarefazione stessa, potremmo dire, dei confini tra le scienze e tra i loro oggetti, tra scienza pura e applicata, tra scienze and humanities, tra la biologia, abbiamo detto, e la tecnologia, ma anche tra le macchine e gli esseri umani.<sup>13</sup> Ciò in qualche modo sembra poter prefigurare addirittura una sorta di co-evoluzione tra il potenziale umano e quelle che abbiamo indicato come tecnologie convergenti, attraverso l’ “innesto” di nuovi strumenti nell’architettura umana.<sup>14</sup>

E il diritto, come si inserisce in questo quadro dove ben altre emergenze sembrano richiamare l’attenzione? La situazione di partenza che ha caratterizzato il nostro discorso sembra qui non essere più la stessa. Avevamo preso le mosse dal fatto che fosse possibile indicare caratteristiche specifiche per ciascuno degli ambiti di articolazione della società,

anche per il diritto, la scienza e la tecnologia e ciò, tuttavia, sempre a partire da una unità pregressa rispetto alla quale tracciare differenze. Questa unità per i sistemi sociali sappiamo essere la comunicazione. Questa unità è al tempo stesso ciò che differenzia la società rispetto a tutto il resto, ad altre strutture della realtà, a ciò che chiamiamo ambiente della società, a ciò che non è comunicazione. Anche in base a questo abbiamo preso in considerazione una evoluzione della società che non ha referenze con l'evoluzione dell'ambiente. L'ambiente evolve più lentamente della società. Ora, però, alla fine del nostro discorso, ci troviamo con un quadro della situazione che sembra corrodere questi presupposti, la stessa differenza tra sistema della società e suo ambiente.

All'inizio del nostro saggio ci eravamo posti questioni quali: come evolve la società? il cambiamento tecnologico produce evoluzione sociale? è possibile una evoluzione non coordinata tra i sistemi sociali? Ora da un punto di vista giuridico, i quesiti connessi alle nuove acquisizioni tecnologiche spingono ad un approccio de jure condendo, sollevando altri interrogativi: a chi si potrebbe attribuire la paternità di un'opera intellettuale creata da un software dotato di intelligenza artificiale? E di conseguenza: a chi si potranno attribuire i diritti di sfruttamento economico di tale opera? a chi verranno imputati i danni creati dalle macchine nell'esercizio del proprio "libero arbitrio"? chi avrà il diritto di ricevere gli stipendi maturati dal lavoro svolto da tali nuovi "lavoratori"? E per concludere, con le parole di Luhmann, "Se siamo in grado di produrre esseri viventi mediante la manipolazione genetica, possiamo poi anche brevettarli?" (LUHMANN, 2015, p. 194).

**Soundtrack: Arvo Pärt, *Da Pacem***

## **LAW, SCIENCE AND TECHNOLOGY**

### **ABSTRACT**

The new information and communication technologies play a relevant role for the social systems involved. For this reason, the theoretical description of society cannot neglect the growing dependency on technology by the information society. Our article is aimed at examining technological progress through the point of view of the evolution of legal instruments that regulate new technologies. It embodies a legal and sociological point of view in which the dynamics of the evolution of Law regarding the evolution of society is at play. Unlike other sectors of Law, the classic example being Family Law, here there is no consolidated tradition to which one can report or which one can reject. This means that the solutions must be "invented" in light of the new paradigms that, appealing to fundamental legal institutes, have a visionary capacity, that are, as Luhmann says, "pregnant with the future". Our discourse will thus stem from a general theoretical placement of the dynamics

among Law, technology and society to conclude having as reference the specific case of artificial intelligence.

**Keywords:** Technological progress. Social evolution. Law and Society. Human enhancement technology. Artificial intelligence.

## DERECHO, CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### RESUMEN

Las nuevas tecnologías de información y comunicación tienen un rol relevante para los sistemas sociales involucrados. Por esa razón, la descripción teórica de la sociedad no puede descuidar a la creciente dependencia de la sociedad de la información en la tecnología. Nuestro artículo se propone a examinar el progreso tecnológico desde el punto de vista de la evolución de instrumentos jurídicos que regulan nuevas tecnologías. Él personifica un punto de vista jurídico y sociológico en que se analiza la dinámica de la evolución del Derecho en relación a la evolución de la sociedad. A diferencia de otros sectores del Derecho, el ejemplo clásico es el Derecho de Familia, acá no hay una tradición consolidada a la cual se puede recurrir o rechazar. Eso significa que las soluciones deben ser “inventadas” a la luz de los nuevos paradigmas que, haciendo apelo a institutos jurídicos fundamentales, tienen capacidad visionaria, que están, como lo dice Luhmann, “grávidos del futuro”. Nuestro discurso partirá entonces de un encuadramiento teórico general de la dinámica entre el Derecho, la tecnología y la sociedad para concluir teniendo por referencia el caso específico de la inteligencia artificial.

**Palabras clave:** Progreso tecnológico. Evolución social. Derecho y sociedad. Tecnología de mejora humana. Inteligencia artificial.

---

1 “Parte del presente lavoro è stata sviluppata durante un soggiorno di ricerca presso il Centro de Estudios Politicos y Constitucionales (CEPC) di Madrid, realizzata tra ottobre 2017 e gennaio 2018”. (Nota do Editor: A Revista Opinião Jurídica agradece ao Sr. José Ilo Mota, responsável pela revisão da língua italiana.)

2 La norma fondamentale, sappiamo, non ha i caratteri della giuridicità, non essendo una norma scritta, ma presupposta e quindi non facente parte dell’ordinamento giuridico. Cfr. (KELSEN, 1967).

3 Cfr., tra gli altri, (DE GIORGI, 1998; CORSI, 2001).

4 Già qui dovremmo citare anche le scienze cognitive, ma non sapremmo dove collocarle. D’altra parte, come vedremo più avanti, si tratta proprio di questo: della rottura di paradigmi consolidati, di differenze stabilizzate, di nuovi orizzonti che non si lasciano ricondurre a schematismi noti.

5 Per il concetto di differenziazione funzionale, si veda (LUHMANN; DE GIORGI, 1994).

6 Cfr. a questo proposito, la differenza tra fattuale e normativo in Hans Kelsen: op. cit (KELSEN, 1967).

7 Ci riferiamo qui ad un concetto centrale delle teoria dei sistemi: cfr. (LUHMANN, 2015, p. 124-152).

- 8 Questo approccio è ben diverso da quello della scienza giuridica, come abbiamo cercato di chiarire: cfr., a questo proposito. (LUHMANN, 2002, p. 37-45).
- 9 Cfr. (THOMPSON, 1998; LUHMANN, 2015). A proposito della tecnica, Luhmann fa notare come “i processi vitali sulla terra dipendono sempre più dalla tecnica e l’approvvigionamento di una parte sempre maggiore della popolazione dipende da possibilità produttive incrementate dalla tecnica”, d’altra parte, continua, non c’è una rappresentazione adeguata di tutto questo, “perché la tecnica non è semplicemente una trasposizione della scienza, ma si sviluppa con una dinamica propria a seconda di dove un bisogno e un mercato di prodotti tecnici sia riconoscibile” (LUHMANN, 2015, p. 62).
- 10 Su questo punto si intrecciano ambiti tra loro apparentemente lontani della comunicazione, come anche concetti distinti della teoria. Infatti, trattando dell’influsso dei media sull’evoluzione, Luhmann associa la tecnologia all’educazione e alla medicina rispetto alla loro funzione di produrre effetti sull’ambiente umano (LUHMANN, 1998, p. 407)
- 11 Cfr., fra gli altri, (GUARINO, 2015; MARIN, 2012).
- 12 A questo proposito alcuni sottolineano il ruolo fondamentale della giurisprudenza nel contesto, per esempio, delle tecnologie NBIC, proprio per la rapidità del progresso tecnologico, che rende quasi immediatamente obsoleta ogni norma in materia: cfr. (GUARINO, 2015).
- 13 Si è parlato a questo proposito di post-umano e di post-umanesimo; cfr. per esempio (GUARINO, 2015).
- 14 Cfr. (ROCO, 2004); nello stesso volume cfr. anche (KHUSHF, 2004).

## REFERÊNCIAS

- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Semantica e comunicazione**. Bologna: Clueb, 1987.
- BERNSTEIN, Jeremy. **Uomini e macchine intelligenti**. Milano: Adelphi, 1990.
- CASTELLS, Manuel. **The Information Age I. The Rise of Network Society**. Oxford: Blackwell, 1996.
- \_\_\_\_\_. **The Internet Galaxy**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CORSI, Giancarlo (a cura di). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi**. Milano: Franco Angeli, 2015.
- \_\_\_\_\_. Sociologia da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Minas Gerais, n. 39, p. 169-189, 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.
- ESPOSITO, Elena. **L’operazione di osservazione**. Milano: Franco Angeli, 1993.
- EUROPEAN PARLIAMENT. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)). **Europarl**, Strasburgo, 16 febr. 2017. Available in: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//IT>>.

GUARINO, Carmelo. Tecnologie NBIC, medicina, diritto. **Sociologia del diritto**, n. 2, p. 93-114, 2015.

KELSEN, Hans. **Lineamenti di dottrina pura del diritto**. Torino: Einaudi, 1967.

KHUSHF, George. System Theory and the Ethic of Human Enhancement: A Framework for NBIC Convergence. **Annals of the New York Academy of Sciences**, v. 1013, p. 124-149, maggio, 2004.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Osservazioni sul moderno**. Roma: Armando, 1995a.

\_\_\_\_\_. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. Milano: Giuffrè, 1995b.

\_\_\_\_\_. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-127.

\_\_\_\_\_. **Das Recht der Gesellschaft**. Francoforte: Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Francoforte: Suhrkamp, 1998.

\_\_\_\_\_. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dedalo, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introduzione alla teoria della società**. Lecce: Pensa Multimedia, 2015.

MARIN, Francesca. **Il bene del paziente e le sue metamorfosi nell'etica biomedica**. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

RHEINGOLD, Howard. **Tools for Thought: the history and future of mind-expanding technology**. New York: Simon and Schuster, 1985.

ROBOT-ERA. **Robot-Era**. 2017. Disponibile in: <<http://www.robot-era.eu/>>.

ROCO, Michail C. Science and Technology Integration for Increased Human Potential and Societal Outcomes. **Annals of the New York Academy of Sciences**, v. 1013, p. 1-16. magg. 2004.

SARACENO, Chiara. Quando le leggi vanno piano accelerano i magistrati. **La Repubblica**, 20 genn. 2015.

SEARLE, John R. **The Mystery of Consciousness**. New York: New York Review of Books, 1997.

SIMON, Herbert A. **Il comportamento amministrativo**. Bologna: il Mulino, 1967.

\_\_\_\_\_. **Causalità, razionalità, organizzazione**. Bologna: il Mulino, 1985.

SOMALVICO, Marco et al. Intelligenza Artificiale. **Storia della scienza**, Roma, v. 9, p. 615-624, 2003.

TARELLO, Giovanni. **Storia delle cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto.** Bologna: il Mulino, 1976.

TENSORFLOW. **Machines.** 2017. Disponibile in: <<https://www.tensorflow.org/maanchehttp://www.flow-machines.com/>>.

TESLA. **Pilota automatico.** 2017. Disponibile in: <[https://www.tesla.com/it\\_IT/autopilot](https://www.tesla.com/it_IT/autopilot)>.

THOMPSON, John B. **Mezzi di comunicazione e modernità.** Bologna: il Mulino, 1998.

VON FOERSTER, Heinz. **Sistemi che osservano.** Roma: Astrolabio, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER Jörg. **Il futuro della costituzione.** Torino: Einaudi, 1996.

# INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXECUTADAS PELO TERCEIRO SETOR

Max Brito Repsold\*

Benjamin Miranda Tabak\*\*

1 Introdução. 2 A reforma administrativa do Estado brasileiro. 2.1 Da administração burocrática à gerencial. 2.1.1 Transferência dos serviços públicos para o setor privado e busca de eficiência administrativa. 3 O terceiro setor. 4 Políticas públicas: breves anotações. 5 Análise econômica do direito, políticas públicas e terceiro setor. 5.1 Elementos da AED – avaliação de políticas públicas e de sua transferência para o terceiro setor. 5.2 Mensuração de custos e de benefícios. 6 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apontar instrumentos metodológicos da Análise Econômica do Direito que podem contribuir para a execução de políticas públicas pelo Terceiro Setor, na busca pela respectiva eficiência. A pesquisa tem como objeto a Reforma do Estado brasileiro e o modelo de administração gerencial adotado na década de 90 (século XX) em substituição ao Estado patrimonialista e à administração burocrática. A globalização é referida como um processo paralelo que indica, em seu contexto, as chaves para o desenvolvimento. Instrumentos metodológicos da Análise Econômica do Direito, relativos à eficiência, são apresentados, bem como critérios que possibilitam a avaliação dos custos e dos benefícios sociais na implementação de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Reforma Administrativa. Análise Econômica do Direito. Políticas Públicas. Terceiro Setor.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o capitalismo mundial desenvolvido no Estado-nação por meio de sistemas interestaduais e a virada para o processo de globalização, a ilusão de prosperidade entrou em forte declínio no mundo com a recessão econômica, iniciada na década de 70 (século XX), que lançou o capital corporativo nacional em uma crise sistêmica (ROBINSON, 2010).

\* Promotor de Justiça Militar. Membro do MPM. Especialista em Curso de Altos Estudos em Política e Estratégia. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997). E-mail: <max.repsold@mpm.mp.br>. <https://orcid.org/0000-0001-6070-1456>

\*\* Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Mestre em Economia pela Universidade Federal Fluminense. Graduado em Economia pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EPPG). E-mail: <benjaminm.tabak@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0002-7935-3188>

Relativamente ao Estado, seu modelo passou, a partir dessa década, a enfrentar crises, principalmente devido à perda de sua capacidade competitiva, ao aumento da inflação e do desemprego, entre outros. Com o crescimento “distorcido”, entre outras razões, pela tentativa de não se distinguir da sociedade civil, pretendendo substituir o mercado em vez de complementá-lo, e, com o processo de globalização, que diminuiu a autonomia dos Estados nacionais em relação às políticas econômicas e às sociais, “o Estado entrou em crise (também pelo caráter cíclico da intervenção) e se transformou na principal causa da redução das taxas de crescimento econômico, da elevação das taxas de desemprego e do aumento da taxa de inflação que, desde então, ocorreu em todo o mundo.” (PEREIRA, 1997, p. 7-10).

Na década de 80, após a eclosão do endividamento internacional, a atenção do mundo se voltou para a realização de um “ajuste estrutural ou, em termos mais analíticos, o ajuste fiscal e as reformas orientadas para o mercado.” (PEREIRA, 2011, p. 21). Nos anos 90, mesmo com esses ajustes, reconhecidamente necessários, a ênfase foi para a necessidade de reforma do Estado, principalmente a administrativa, sendo central a urgência de se reconstruir o Estado e de redefinir o Estado que surgia no mundo globalizado (PEREIRA, 2001a).

Diante disso, no Brasil, na década de 90, foi levada a efeito uma reforma administrativa, orientada pelo modelo liberal, cuja finalidade era superar a crise brasileira, principalmente quanto à condição patrimonialista do Estado (PEREIRA, 2011). Era preciso reconstruir o Estado para que ele “pudesse realizar não apenas suas tarefas clássicas de garantia da propriedade e dos contratos, mas também seu papel de garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade do seu respectivo país.” (PEREIRA, 1997, p. 7).

Essa reforma foi centrada em quatro aspectos: delimitação do tamanho do Estado; redefinição do papel regulador do Estado; recuperação da governança ou da capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas; recuperação da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar. Na delimitação do tamanho do Estado, estavam envolvidas as noções de privatização, de publicização e de terceirização (PEREIRA, 2011).

Já quanto à intensificação da globalização – cujas raízes, segundo Sene (2012), remontam à virada do século XV para o XVI, marcando o início do período das Grandes Navegações e da expansão do colonialismo –, agora sob a égide do capitalismo comercial, seu processo possibilita a acumulação da riqueza fundamental para um novo contexto socioeconômico. Esse contexto havia sido transformado por ocasião da primeira Revolução Industrial (século XVII - transição do processo artesanal para a manufatura) e alcançado seu ápice financeiro com a segunda Revolução Industrial (segunda metade do século XIX - desenvolvimento das indústrias químicas, de petróleo e outras). Com a globalização e a evolução da tecnologia da informação, o desenvolvimento alcançou áreas e níveis bem diferentes - a grande transformação da área de energias renováveis e a profunda mudança nas comunicações, entre outros - e passou-se a se falar em “Terceira Revolução Industrial.” (RIFKIN, 2007).

Emergiram da globalização quatro chaves de desenvolvimento, associadas ao capitalismo globalizado: a primeira se refere a uma nova relação entre capital e trabalho, baseada na desregulação, na informalização e na flexibilização do trabalho; a segunda diz respeito a uma nova etapa de expansão intensiva - esferas públicas e comunitárias que formalmente se encontravam fora da lógica das relações de mercado foram trazidas e inseridas no processo de competição, por meio da privatização, da desregulação estatal e de nova regulação - e extensiva - reincorporação de importantes áreas não tidas como de “primeiro mundo” para a economia capitalista mundial; a terceira foi a criação de uma estrutura legal e regulamentar global, visando a facilitar os novos circuitos de acumulação; a quarta se refere à imposição do modelo neoliberal em países dos chamados “segundo e terceiro” mundo, com programas de ajustes que dessem condição ao livre funcionamento do capital internamente e além das fronteiras (ROBINSON, 2010).

Assim, dos fenômenos citados, crise do Estado e globalização, dois aspectos são destacados respectivamente e constituem o objeto deste trabalho: a reforma do Estado no Brasil e as chaves de desenvolvimento advindas da nova globalização. Isso porque há uma convergência entre uma das estratégias para a delimitação do tamanho do Estado, a terceirização, e uma etapa de expansão intensiva (segunda chave), que trouxe instituições públicas e comunitárias para as relações de mercado, por meio, entre outras, de nova regulação. A síntese desses dois aspectos é a participação da sociedade nas ações públicas do Estado por meio do Terceiro Setor, isto é, “a sociedade civil assumindo a responsabilidade de executar as tarefas que seriam responsabilidade do Estado.” (SELEPRIN, 2012, *online*).

Segundo Bresser Pereira, a Constituição brasileira de 1988 sacramentou os princípios de uma administração pública tão arcaica quanto burocrática.

Uma administração pública altamente centralizada, hierárquica, rígida, fundamentalmente baseada na idéia do controle por processo e não por resultados e objetivos, quando sabemos que administração pública e também a administração de empresas modernas estão hoje baseadas na descentralização, na administração matricial, nos sistemas de autoridade funcional convivendo com os de linha, na confiança, e no controle dos resultados e não dos processos (PEREIRA, 1995, p. 3).

A problemática que surge nesse sentido é quanto à eficiência na realização das políticas públicas com a transferência dessas atividades para o Terceiro Setor. A escassez de recursos leva a se questionar a eficiência dos gastos governamentais a fim de que se busquem novas formas de gestão, o que se reflete diretamente nas políticas públicas. Em consequência, reflete-se também na execução de seus serviços, principalmente os realizados pelo Terceiro Setor, o que leva à necessidade de se identificarem formas ou metodologias que otimizem a decisão sobre essa transferência.

O objetivo deste artigo é apontar aspectos da metodologia da Análise Econômica do Direito que podem contribuir para a execução de políticas públicas pelo Terceiro Setor, na busca pela respectiva eficiência.

Para tanto, quatro pontos vão ser abordados em seus focos específicos, de modo a contextualizar o propósito deste trabalho: Reforma do Estado, Terceiro Setor, Políticas Públicas e Análise Econômica do Direito.

## 2 A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO

Na descrição da Reforma do Estado brasileiro, a globalização é vista em um processo paralelo, entendido como a atual fase da expansão do capitalismo, com fortalecimento do discurso neoliberal decorrente da crise do Estado social e com impacto em diversas áreas, como a economia, a política e a eficiência administrativa.

A alternativa adotada para a retomada do desenvolvimento em um mundo globalizado, em que são refeitas, diariamente, as novas hierarquias políticas e econômicas em escala cada vez mais mundial (BAUMAN, 1999), passa obrigatoriamente pelo corte de custos, seja na área governamental, seja nas empresas privadas (HOBBSAWM, 1995). Firma-se o renascimento do discurso neoliberal, contrário à restrição de mercado e à regulamentação, difundido inicialmente nos Estados Unidos e no Reino Unido e espreado, posteriormente, para outros países, incluindo os chamados periféricos. Com isso, abriu-se, paulatinamente, a porta do movimento transnacional de capitais, cuja disseminação alcançou níveis até então nunca verificados na história.

Em linhas gerais, o keynesianismo - que defendia a intervenção estatal na economia, mormente nas áreas em que a iniciativa privada não tivesse capacidade ou não desejasse atuar; o equilíbrio entre demanda e capacidade de produção como garantia do emprego pleno; o Estado com papel fundamental no estímulo às economias em crise e em recessão econômica, entre outras - foi enfraquecido com o avanço do neoliberalismo. A globalização impôs a adoção de medidas de abertura econômica pelos países e a pouca interferência do Estado (KEYNESIANISMO, 2017).

Assim, os pressupostos da teoria de Keynes foram substituídos por políticas monetaristas, de desregulamentação da economia e do fluxo de capitais, e o contrato social welfarista foi superado pela lei do mercado. Os Estados se tornaram neoliberais, funcionando, entre outros, para a realização de três serviços essenciais: adoção de medidas fiscais, de políticas monetárias e comerciais que assegurem a estabilidade macroeconômica e a circulação de capitais; fornecimento da infraestrutura básica necessária para desenvolvimento da atividade econômica global; promoção da ordem social, por meio da sustentação de instrumentos de controle (ROBINSON, 2010).

As parcerias público-privadas se inserem nessa perspectiva neoliberal, distribuídas em vários campos das políticas públicas. “O mercado e o setor privado são sinônimos de eficiência, qualidade e equidade. A solução torna-se, então, o Estado mínimo,” reduzido à necessária ação para reprodução do capital (MAZETTO, 2015, p. 4).

É nessa perspectiva, à qual se associa a eficiência, que se enfoca a referida Reforma.

## 2.1 DA ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA À GERENCIAL

A formação do Estado brasileiro é resultado do processo histórico de importação e de adaptação da cultura social, política e econômica trazida da Península Ibérica pelos colonizadores, os quais se mesclaram aos índios nativos e aos negros escravizados, bem como aos demais imigrantes posteriormente integrados. O país, assim, sofreu clara interferência dessas origens em sua formação cultural, em seu povo e em sua organização política. Conforme Kossmann (2015), essa herança foi o elemento originário do fortalecimento e dos aproveitamentos dos vínculos e dos interesses interpessoais, além da decorrente confusão entre as relações público-privadas, sempre com prejuízo do público e benefício privado.

Nessa formação histórica, destaca-se o comando do estamento burocrático, definido como um sistema patrimonial que se apropria de oportunidades econômicas, de cargos e de concessões, sem haver nenhuma diferenciação do que é público e do que é privado, e com doações de terra sem obrigação de serviços nem de alienação. Essa estrutura se consolidou, adaptou-se às mudanças que ocorreram e foram incorporadas pela sociedade em sua formação (FAORO, 1997).

Aí se encontram as raízes do patrimonialismo brasileiro, no qual a administração pública estaria, em tese, a serviço de seus agentes ou pessoas a ele relacionadas, e o Estado seria, apenas, um instrumento à disposição dessas classes, para que pudessem retirar dele os maiores benefícios (KOSSMANN, 2015).

Esse modelo viveu no Brasil durante toda a República, estendendo-se ao período compreendido entre as décadas 50 e 70, quando houve um exitoso processo de industrialização. Porém, esse paradigma passou a sofrer críticas decorrentes de seu grande raio de ação e da intervenção estatal, bem como em virtude de seu aspecto paternalista, como distribuidor das bases materiais de desenvolvimento (HABERMAS, 2012). Conforme destaca Kanté (2009, p. 46), “desse esquema geral resulta, entre outros, o mandonismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos, [...], pois havia, desde o início, um estado de coisas que asseguraria ao sistema a manutenção de seu poder [...]”. O sistema de estamento burocrático persistiu por séculos, pois o patrimonialismo se amolda às transições e às mudanças, mantendo “no corpo estatal os mecanismos de intermediação”, com suas concessões e seus controles.

A administração pública burocrática não tem objetivos claros. Concentra-se na definição de procedimentos para as atividades, nos processos em si e na satisfação das demandas dos cidadãos, sem se preocupar com a eficiência, apenas tentando evitar nepotismos e corrupções. Buscam-se controles preventivos dos procedimentos (PEREIRA, 1998a).

Dessa forma, também a eclosão da crise de endividamento internacional, a crise do Estado propriamente e a globalização impeliram a se buscar “o ajuste estrutural ou, em termos mais analíticos, o ajuste fiscal e as reformas orientadas para o mercado” (PEREIRA, 2011, p. 21), para fazer face às necessidades de adequação à nova fase do capitalismo e à promoção e à garantia dos direitos sociais no país.

Essa reforma, portanto, surgiu como um novo modelo de administração pública que prima pela qualidade do serviço público em prol do cidadão, usuário dos serviços prestados pelo Estado. Nesse sentido, deve-se ter em conta a necessidade permanente de reorganização das estruturas da administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público (CARDOSO, 1995), entre outros que não são foco deste trabalho. Buscou-se, conforme Pereira (1998b), uma proposta de Estado liberal que permitisse sua reconstrução a partir da redução do grau de intervenção estatal na esfera econômica, bem como da transferência, a entidades privadas, de determinados círculos de atuação, anteriormente desenvolvidos diretamente por órgãos e agentes públicos.

É uma reforma gerencial, porque sua inspiração vem da administração de empresas privadas, mesmo que as condições sejam diferentes, pois o interesse é público. Com a nova administração gerencial, busca-se dar condições aos administradores públicos para gerenciarem eficientemente as instituições na realização dos serviços públicos. Essa reforma é democrática, pois se baseia em princípios de democracia, principalmente ante a exigência de mecanismos claros de controle da autoridade e dos resultados. É social-democrática, porque destaca, reafirma o papel do Estado na garantia dos direitos sociais (PEREIRA, 2001b).

Esse modelo de administração se baseia em vários princípios, entre eles: o controle dos resultados; a separação dos formuladores de políticas públicas de seus executores; o estabelecimento da diferença entre o que constitui unidades descentralizadas das atividades estatais exclusivas e o que são serviços sociais competitivos; a transferência desses últimos serviços para o segmento público não estatal ou segmento privado; o controle social direto daquelas unidades descentralizadas, por meio de mecanismos como o contrato de gestão, os indicadores de desempenho e outros; a terceirização de atividades institucionais de apoio, as quais devem ser licitadas no mercado de forma competitiva (PEREIRA, 1997).

Os indicadores devem servir de apoio para detectar as causas e os efeitos de uma ação, e não apenas seus resultados, e podem ser agrupados em categorias que indiquem o grau de controle que a instituição tem sobre eles. Uma avaliação de desempenho deve ter indicadores que meçam, entre outras coisas: Eficácia: em que grau o produto/serviço atende aos padrões estabelecidos, consideradas as demandas de usuários e cliente; Eficiência: em que grau o produto/serviço está sendo produzido a um custo mínimo; Qualidade: em que grau o produto ou serviço é adequado ao uso pelo cidadão/usuário (BRASIL, 1998, p. 28).

No entanto, só os indicadores estabelecidos são não suficientes. Conforme alerta Pereira (2001b, p. 29), “o problema central da reforma não é escolher entre estratégias de gestão, mas criar instituições que viabilizem a adoção dessas estratégias.” No setor privado, cuja definição influi na autonomia de gestão, “o problema das empresas é escolher as estratégias e métodos gerenciais mais adequados.” (PEREIRA, 2001b, p. 29). Já no setor público, a Reforma Gerencial de 1995 tem como objetivo, primordialmente, dar condições de autonomia para que o gerenciamento aconteça. Para isso, as condições institucionais devem ser obrigatoriamente diferentes das que vigem no setor privado, tendo em vista o Estado operar por meio de trans-

ferências e não de trocas como o setor privado. Sendo assim, “o mecanismo de controle não é o mercado, mas o da política e da administração, e o objetivo não é o lucro” (PEREIRA, 2001b, p. 29). Porém, nada impede que as estratégias entre o público e o privado se assemelhem, desde que a Reforma adote a descentralização e dê autonomia às agências do Estado, ao mesmo tempo, definindo indicadores de desempenho para as organizações e criando o mecanismo do controle social para seu controle, além do controle gerencial por resultados (PEREIRA, 2001b).

A administração gerencial já enfatiza a descentralização e os controles *a posteriori* dos resultados. Os mecanismos desses controles é que vão permitir a realização de ajustes ou correções ao longo do processo, para que os objetivos sejam alcançados tal como previstos. Esses mecanismos buscam, principalmente, assegurar a aplicação dos recursos de forma adequada e regular. O controle visa também à transparência na gestão pública (BARBOSA, 2002).

A Reforma Gerencial envolve a transferência de tarefas que podiam ser desenvolvidas pelo mercado, como serviços que não caracterizam o exercício do poder pelo Estado - como educação, saúde, cultura e pesquisa científica - para o setor privado e para o setor público não estatal (BRASIL, 1997), desobrigando-o de diversas funções na área econômica e de prestação de serviço. Isso em razão do reconhecimento das deficiências governamentais para promover valores comuns e de aceitação dos mercados, dos direitos de propriedade e dos mecanismos de preço (MITCHELL, 2003).

O alerta de Bresser Pereira e a explicação de Barbosa sobre uma das propostas da Reforma Gerencial constituem a problemática que ensejou o objetivo deste trabalho que é: apontar aspectos da metodologia da Análise Econômica do Direito que podem contribuir para a execução de políticas públicas pelo Terceiro Setor, na busca pela respectiva eficiência.

### **2.1.1 Transferência dos serviços públicos para o setor privado e busca de eficiência administrativa**

A necessidade da redefinição da atuação governamental, como já dito, foi objeto de uma nova concepção de Estado e de outro paradigma, fruto da corrente neoliberal que se estendeu por diversos países, atingindo o Brasil no final do século XX (ROBINSON, 2010).

O liberalismo tem duas posturas no que diz respeito às diferenças sociais: uma posição conformista, em face das ocorrências da vida privada, entendendo ser decorrente das diferenças naturais entre os agentes; a vedação a qualquer intervenção do Estado, inclusive na proteção dos mais vulneráveis. Dessa forma, as ações para suprir necessidades seriam aquelas provenientes do mercado ou das organizações e estariam na perspectiva do progresso econômico (STRAPASSON; PAMPLONA, 2014), uma vez que o Estado não consegue manejar satisfatoriamente os meios de que dispõe para a consecução de seus objetivos e é visto como um bem em si mesmo, desvinculado do interesse público que deveria pautar sua atuação (PEREIRA, 2011).

Diversos diplomas legais buscaram regulamentar a realização dos serviços públicos por entidades privadas, quer do Segundo Setor (mercado), quer do Terceiro Setor (as organizações): Lei nº 8.031, de 1990, revogada pela Lei nº 9.491, de 1997, que disciplina o Programa Nacional de Desestatização; a Lei nº 8.987, de 1995, que trata da concessão e permissão da prestação de serviços públicos; a Lei nº 9.074, de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; a Lei nº 11.079, de 2004, que normatiza a parceria público-privada.

No que se refere ao Terceiro Setor, a Lei nº 9.637, de 1998, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; a Lei nº 9.790, de 1999, estabelece a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; a Lei nº 13.019, de 2014, define o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Essas leis formam o arcabouço legal que permite à administração pública transferir a execução de serviços públicos àqueles entes privados.

Especificamente sobre a Lei nº 9.637, de 1998, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.923/DF, na qual se buscou a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e, igualmente, da inovação do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), acrescentado pela Lei nº 9.648/98. Os argumentos levantados referiram-se ao fato de se transferirem responsabilidades do Poder Público para o setor privado (BRITO, 2016). Assim, o principal foco da ADIN nº 1.923/DF foi verificar se a norma constitucional teria fixado uma concepção de Estado e, dessa forma, estabelecido um paradigma institucional para a administração pública.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedentes os pedidos, dando interpretação, conforme a Constituição, à Lei nº 9.637/98, bem como à modificação introduzida pela Lei nº 9.648/98 ao artigo 24 XXIV da Lei nº 8.666/93. Ficou decidido que essa Corte Constitucional estava impedida de atuar de forma a engessar e a cristalizar “um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo.” (BRASIL, 2015, p. 2). Decidiu-se, ainda, sobre a possibilidade jurídica da contratação do Estado com entidades da sociedade civil, desde que elas sejam qualificadas como “organizações sociais”, para prestação dos serviços objeto da Lei nº 9.637/98. Também devem ser observados os princípios determinantes da administração pública para a respectiva qualificação, celebração do contrato de gestão, dispensa de licitação para contratações e outorga de permissão de uso de bem público e seleção de pessoal pelas organizações sociais (BRITO, 2016). Decidiu-se, ainda, afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, seja pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

Embora tenha sido objeto de críticas e de resistências e tenha sofrido um processo de contenção judicial e de mitigação de resultados, verificando-se inclusive seu recuo no início

dos anos 2000, os efeitos da Reforma do Estado nesse sentido são notados nas recentes administrações. Isso principalmente em decorrência da edição da Lei nº 13.019, de 2014 - que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil - e do julgamento da ADIN 1923/DF, que confirmou a possibilidade de transferência da execução de serviços públicos para entidades do Terceiro Setor.

### 3 O TERCEIRO SETOR

No Brasil, a partir dos anos 70, começou a crescer de importância um novo ator social, o qual passou a ser denominado Terceiro Setor, definido como o conjunto de agentes privados com fins públicos, cujos programas “visavam atender direitos sociais básicos e combater a exclusão social e, mais recentemente, proteger o patrimônio ecológico brasileiro.” (SZAZI, 2003, p. 22). São organizações cujos objetivos principais são sociais em vez de econômicos (HUDSON, 1999).

O surgimento do denominado Terceiro Setor está relacionado com as já referidas transformações no mercado e na sociedade, que conduziram a uma nova distribuição dos papéis de cada ente social no alcance do bem comum. E nesse sentido, progressivamente, a sociedade civil organizada, por meio de organizações e/ou associações, passou a assumir responsabilidades pela proteção e defesa de direitos, antes cingidos à órbita do Estado (Primeiro Setor).

Nessa conjuntura, há organizações com personalidade de direito privado que ocupam “ao menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis.” (PAES, 2013, p. 82). São entidades que não se encontram na estrutura da administração pública, mas que, em razão da possibilidade de poderem receber e gerir recursos públicos para o desenvolvimento de atividades específicas e de interesse social, ganharam relevância como instrumentos para a consecução dos objetivos do Estado. Nessa classificação, situam-se as Organizações Cívicas (OS), as Organizações Sociais de Interesse Público (OCIP), as cooperativas, as associações, as fundações e o trabalho voluntário, além das entidades sindicais e religiosas e as também chamadas Organizações Não Governamentais (ONGs) (BALAZEIRO, 2016).

Tais organizações, em sentido amplo, foram concebidas dentro do conceito de administração gerencial, e o Ministro Luiz Fux, após comentar sobre a questão legal dessas entidades em seu voto no julgamento da referida ADIN 1.923, afirmou que saber em quais situações a atuação privada pode ser mais eficiente que a pública depende da “moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos, em campos sensíveis, como saúde, educação, cultura, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98.” (BRASIL, 2015, p. 13).

Dentro dos pressupostos da administração gerencial, inicialmente, pode-se tomar como ponto norteador dessa moldura o princípio da eficiência na administração pública, introdu-

zido por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 no rol daqueles elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. A finalidade foi orientar a atuação pública no novo contexto da administração gerencial, retirando dos órgãos governamentais as incumbências para as quais sua presença não fosse imprescindível. Privilegiou-se a gestão por metas e resultados com menores custos, “ou seja, fazer mais e melhor com menos.” (KOSSMANN, 2015, p. 83). O Terceiro Setor, então, no exercício de atividades de responsabilidade do Estado, submete-se às mesmas exigências de eficiência que as realizadas diretamente por este.

Embora carecendo de uma legislação sistematizada para o Terceiro Setor, as Leis nº 9.637, de 1998, e nº 9.790, de 1999, respectivamente das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, permitem maior participação dessas entidades privadas no planejamento, na direção e na execução de projetos sociais. A Lei nº 13.019/14 – denominada o novo marco regulatório do Terceiro Setor – e as modificações que foram dadas pela Lei nº 12.204/15 criaram o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, com priorização do controle de resultados, indicando que seu foco deve estar centrado na verificação do cumprimento do objeto e do alcance dos resultados (controle de fins), embora também seja necessário analisar as despesas e as formas de execução do objeto (controle de meios).

Verifica-se que o ordenamento normativo vem buscando meios de aperfeiçoar a forma como o Estado transfere aos entes privados a execução de serviços de sua titularidade, com objetivo de torná-lo mais enxuto e eficiente para a consecução de seus fins, dentro de uma concepção gerencial. A reconstrução da sociedade civil diz respeito a um novo arranjo a ser dado assim pelos dois sistemas – o Estado e o mercado – “e supõe que não se possa mais subsumir o público ao privado, como ocorreu no período da modernidade e nos paradigmas do direito formal burguês (Estado Liberal) e do direito materializado do Estado Social.” (DIAS, 2008, p. 95).

Para o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), o Terceiro Setor vem se fortalecendo “institucionalmente para colaborar de forma cada vez mais ativa na produção de bens públicos. A reforma do Estado não é, assim, um tema abstrato: ao contrário, é algo cobrado e iniciado pela sociedade, que vê frustradas suas demandas e expectativas.” (BRASIL, 1997, p. 8).

Mas Mazetto afirma que “a compreensão das parcerias público-privadas exige um aprofundamento da noção de políticas públicas, que por sua vez só se tornam devidamente transparentes pela apreensão das teorias políticas que sustentam as formas de Estado no capitalismo.” (MAZETTO, 2015, p. 8).

#### 4 POLÍTICAS PÚBLICAS: BREVES ANOTAÇÕES

No Brasil, as políticas públicas foram concebidas nos anos 90 como uma das razões das reformas estruturais e sociais nos ambientes econômico e institucional, “ligadas tanto ao

novo conjunto de políticas macroeconômicas adotado, quanto à implementação de reformas de cunho liberalizante.” (YANO; MONTEIRO, 2008, *online*). O objetivo seria estabelecer condições para a retomada do crescimento da economia, de forma que a crise, referida anteriormente, fosse superada.

Para tal, é necessário o perfeito delineamento de todas as variáveis que influenciam a execução das políticas públicas (políticas, sociais, culturais), bem como a previsão do impacto das ações, pois a pressão pela solução do problema pode fazer que a resposta do Estado apresente traços diferentes dos resultados esperados. Esses traços podem envolver omissões de pontos fundamentais, como a sustentabilidade da população envolvida, aspectos que fazem que essas políticas não se transformem em políticas assistenciais (KANTÉ, 2009).

Na conceituação das políticas públicas, vários enfoques vão conformando o todo de seu conteúdo e de sua sistemática. Políticas públicas são “conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente” (PARANÁ, 2018, *online*), contando, para tanto, com a participação de entes públicos e privados. Elas buscam assegurar um direito determinado aos cidadãos, de forma difusa, ou a um “determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico.” (PARANÁ, 2018, *online*). São direitos garantidos constitucionalmente ou reconhecidos por parte da sociedade e pelos poderes públicos, no caso de novos direitos das pessoas ou comunidade (PARANÁ, 2018).

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, idéias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório (SARAVIA, 2006a, p. 28).

Conforme Rúa, políticas públicas compreendem o conjunto das decisões e de ações relativas à alocação imperativa de recursos. São políticas públicas e não coletivas, sendo sua dimensão pública dada não pelo tamanho do agregado social sobre o qual incidem, mas pelo seu caráter imperativo. “Isto significa que uma das suas características centrais é o fato de que são decisões e ações revestidas da autoridade soberana do poder público.” (RUA, 1997, p. 2).

Em seu percurso, as políticas públicas podem ser originadas de demandas geradas tanto dentro do próprio sistema político como reivindicações de bens e serviços, como saúde, educação, transportes e outros - como do sistema de suporte - obediência às leis e aos regulamentos, participação política ou votar em apoio a algum partido (EASTON, 1970). Decorrem de demandas de segmentos da população, as quais são direcionadas para o sistema político ou para a classe dominante, e seus atores pressionam o Estado para orientá-las de acordo com seus interesses (LUSTOSA, 2006).

O fundamento das políticas públicas, que justifica seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais, isto é, aqueles que, inseridos no rol de direitos fundamentais do homem, concretizam-se por meio de prestações positivas do Estado. É a “função estatal de

coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação”, legitimada pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais (BUCCI, 1997, p. 90).

Os problemas a serem solucionados por meio de políticas públicas, inicialmente, compõem a agenda do governo, que avalia sua importância e “analisa as razões que levam a incorporação dos problemas à lista de prioridades da ação pública, bem como os elementos que devem ser considerados no processo de formação da agenda.” (SARAVIA, 2006b, p. 15). Reconhecido o problema, busca-se depois o caminho definitivo para sua solução, formalizando-se essa decisão, o que significa estabelecer as normas que vão possibilitar a implementação da política pública pelos diversos atores envolvidos. “É que essas normas cumpram os requisitos de clareza e precisão, que permitirão atingir os objetivos desejados.” (SARAVIA, 2006b, p. 16).

Conforme Lustosa (2006), o processo de formulação de uma política é cheio de debates intensos e de grande carga político-ideológica. Sua implementação ocorre por meio de planos, de programas e de projetos. “O plano é a representação da política, é o produto do processo pelo qual um ator seleciona uma cadeia de ações para alcançar seus objetivos.” (LUSTOSA, 2006, p. 3).

Inclusive, Rúa (1997) explica que há pré-condições para uma política pública ser perfeitamente implementada:

- a) não deve haver restrições ou desvirtuação por circunstâncias externas à agência implementadora;
- b) o tempo e os recursos devem ser suficientes;
- c) cada etapa da implementação deve combinar os recursos necessários a sua realização;
- d) a política deve basear-se em uma relação entre a causa e o efeito;
- e) essa relação deve ser direta, admitindo-se fatores intervenientes mínimos;
- f) apenas uma agência deve implementar uma política, com um mínimo de dependência de outros entes em número e importância;
- g) os objetivos a serem alcançados devem ser completamente compreendidos, havendo consenso quanto a isso;
- h) na direção dos objetivos, deve ser possível especificar detalhadamente e em sequência as respectivas tarefas de cada participante;
- i) a comunicação entre os vários elementos envolvidos deve ser perfeita;
- j) os atores do comando devem ser capazes de obter obediência dos comandados (RUA, 1997).

Especialmente no que diz respeito às relações interinstitucionais envolvidas no processo das políticas públicas, principalmente em sua implementação,

Há ações desencontradas, pois muitas vezes diversos órgãos realizam ações separadamente para um mesmo objetivo, sendo empregados recursos financeiros e humanos em duplicidade para um mesmo fim. E o controle dessas ações é difícil, porque o país é muito grande, e a gestão, em nível geral, termina envolvendo problemas de autoridade. A criação de uma nova instituição exigiria o

estabelecimento de uma administração própria, com poderes para estabelecer prioridades, para coordenar as ações entre as instituições, para controlar e avaliar tais ações (KANTÉ, 2009, p. 26).

É importante acrescentar o resultado de análises feitas por pesquisadores sobre o percurso das políticas públicas no Brasil, como forma de demonstrar o que ele implica, quando elas são implementadas pelo poder público, e o que as organizações do Terceiro Setor vão ter de solucionar ou aprimorar no processo.

Os resultados são distintos e envolvem várias etapas desse processo. De acordo com Arretche, primeiramente, há um descompasso entre o tempo da formulação/decisões públicas e o da respectiva implementação e resultados, ou seja, em tese, o tempo demandado para os resultados não é alcançado. Essa autora também explica que há deficiência por parte dos locais onde as políticas devem ser implantadas e que essa deficiência nem sempre é de responsabilidade de governos locais ou estaduais, sendo, até mesmo, do governo federal (ARRETCHÉ, 2006).

Costa afirma que a implementação das políticas públicas ocorre em um ambiente de pluralidade de atores, indo desde instituições públicas até os beneficiários, entre funcionários e técnicos que atuam. Os locais para os quais os objetivos se direcionam geralmente são precários quanto às condições econômicas e sociais. Por isso, ele resume que as ações dessa implementação são expostas a outros fatores externos que envolvem até negociações, as quais podem modificar algum conteúdo da política; há uma baixa capacidade estrutural e organizacional, principalmente nos municípios, para dar suporte às ações; falta de conhecimento do objetivo das ações e de seu foco específico; atores, muitas vezes, utilizam estratégias que atendam mais a seus interesses, o que também é difícil de controlar (COSTA, 2002).

Em síntese, a responsabilidade pela implementação de políticas públicas envolve quatro variáveis importantes:

- a) a natureza da política: não pode admitir ambiguidades;
- b) a estrutura de implementação: os elos da cadeia devem ser mínimos;
- c) a prevenção de interferências externas;
- d) o controle sobre os atores envolvidos na implementação.

Quanto a esse último aspecto, devem ser desenvolvidas ferramentas orientadas para essa finalidade de controle, e os instrumentos da Análise Econômica do Direito podem ser perfeitamente aplicados.

## 5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E TERCEIRO SETOR

Na década de 70, em contraposição à visão predominante na teoria jurídica, há o surgimento de tendências ou movimentos intelectuais que visam ao estudo multidisciplinar do direito, entre as quais a *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED),

que propõe a análise do Direito sob a perspectiva econômica (ALVAREZ, 2006). Trata-se de um movimento contemporâneo que combina as ciências econômica e jurídica em uma tentativa de estudo interdisciplinar, tendo como característica comum a aplicação de teoria microeconômica do bem-estar para analisar e reformular tanto as instituições particulares como o sistema jurídico em seu conjunto (MERCADO, 1994).

Gico Júnior (2010), em suas abordagens, conceitua a AED como

A aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. A AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia (GICO JUNIOR, 2010, p. 11).

A aplicação da AED na avaliação das políticas públicas, cuja execução seja transferida para o Terceiro Setor, insere-se nessa finalidade de regulação de um processo que é civil, que é econômico e que envolve direitos.

No caso deste trabalho, apresentam-se elementos da AED que podem contribuir para a avaliação das políticas públicas em si, desde a respectiva decisão, até a perspectiva de transferência de sua implementação para o Terceiro Setor.

## 5.1 ELEMENTOS DA AED – AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DE SUA TRANSFERÊNCIA PARA O TERCEIRO SETOR

A AED se mostra útil à realidade jurídica, ao propor um instrumental teórico para a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, de como os agentes sociais respondem às alterações nas políticas elaboradas pelo governo (GICO JUNIOR, 2010). A aplicação das leis deve trazer a máxima satisfação “gerando o menor custo na alocação de riquezas.” (CARDOSO, 2015, p. 298). As regras jurídicas são concebidas, nessa perspectiva, em uma feição instrumental, voltadas para a solução eficiente.

No que tange às políticas públicas implementadas pelo Terceiro Setor, conforme Pereira (1999), o problema é saber quais funções e competências devem permanecer no âmbito da administração direta do Estado e quais vão ser transferidas para outras entidades. Esse problema talvez encontre em paralelo a problemática de Coase, declarada há várias décadas, sobre o que é uma empresa e que tamanho ela deve ter, haja vista ela poder desempenhar competências acrescidas dentro da sua hierarquia interna ou utilizar o mercado, ou seja, subcontratar outras empresas para as respectivas atividades. O que subsidia a decisão do gestor tem a ver com os custos de transação, uma vez que, sendo mais barato subcontratar

ou adquirir no mercado do que produzir internamente, a empresa deve fazê-lo. Essas ideias de Coase influenciaram uma geração de pensadores nas áreas do direito e da economia, para os quais os custos de transação passam a desempenhar papel relevante na avaliação das leis e das políticas públicas.

Nos custos de uma transação, verificam-se assimetrias informacionais, custos de barganha, custos legais e custos de busca (TABAK, 2015). A abordagem econômica do direito permite ao administrador compreender tanto as leis como as contingências para adoção de comportamentos. Permite, ainda, utilizar instrumentos para a consecução dos objetivos pretendidos na execução das políticas públicas, no que concerne à eficiência e à distribuição. A implementação de políticas eficientes tem como base a distribuição da justiça (CARDOSO, 2015).

A análise e a decisão sobre quais funções devem permanecer no âmbito da administração e quais podem ser delegadas ao Terceiro Setor depende de um conjunto de fatores que, por vezes, podem estar incluídos no conceito da AED, uma vez que o administrador deve evitar condutas oportunistas com a utilização irregular dos recursos e a captura do interesse público pelo privado.

Também deve levar em consideração que os homens agem como seres racionais, devendo o administrador precaver-se daquilo a que Silva (2015) se refere, com base nos conceitos de Oliver Wendell Holmes Jr., sobre *good man* e *bad man*. Para Silva, o primeiro tipo age em respeito às regras de sua consciência e às normas éticas, e o segundo, embora não se refira a um indivíduo perverso ou de má índole, aparenta desapego às regras morais e direciona sua conduta para evitar consequências legais e sanções que lhe possam ser aplicadas (HOLMES JUNIOR, 1897).

Não pode o administrador público descuidar-se das precauções devidas nos ajustes e nos contratos fixados com os entes privados, e sim buscar uma forma criativa de gerar competição em mercados, dentro de um setor tipicamente monopolista, como o de oferta de infraestrutura.

A melhoria na gestão dos recursos públicos no Brasil faz-se urgente. O Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) lançou, em 2013, a terceira versão de seu estudo sobre a carga tributária brasileira *versus* o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), na perspectiva do correspondente retorno à população em forma de condições de vida. Entre os resultados obtidos, viu-se que, entre os 30 países de maior carga tributária, o Brasil ocupa o pior lugar quanto ao retorno para sociedade, em termos de bem-estar, dos valores arrecadados (FOLLONI; YAZBEK, 2013).

O decisor público deve levar em consideração o termo ótimo para a atividade administrativa e a AED ou *law and economics*, cujo argumento central é o de que os conceitos econômicos são úteis para a análise do direito e que os agentes econômicos os levam em consideração para tomar suas decisões, para maximizar seus benefícios e sujeitar-se ao menor custo possível (TABAK, 2015). Para tanto, a AED centra-se em três princípios basilares: escolha racional ou maximização, equilíbrio e eficiência, os quais se qualificam como ferramenta à disposição dos

órgãos governamentais na escolha ideal da política pública (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013). O princípio da escolha racional ou maximização se baseia na noção de que os indivíduos são racionais e fazem escolhas que atendam a seus interesses pessoais, sejam eles quais forem, calculando os custos e os benefícios de suas decisões (SILVA; AGUIAR; TABAK, 2015). O princípio do equilíbrio se refere ao padrão comportamental que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Em termos jurídicos, uma norma será mais eficiente que outra se for capaz de atingir os mesmos resultados por meio de custos menores (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013). O princípio da eficiência de Kaldor-Hicks, por sua vez, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo bem-estar ao maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem as eventuais perdas sofridas por alguns. Assim, o desenvolvimento e a implementação de uma política pública devem levar em consideração os respectivos efeitos sobre a parcela da população beneficiada, estimando os sacrifícios que podem ser suportados pela sociedade nesse sentido.

Se o objetivo do direito, na ótica da AED, é analisar as normas legais de modo a promover eficiência, implicando a maximização do bem-estar social, na transferência da implementação de políticas públicas pelo Terceiro Setor, essa premissa também é válida, uma vez que as atividades se inserem na perspectiva da economia e da modificação da realidade social (TABAK, 2015).

Um aspecto a ser observado quando da contratação da administração pública com o particular se refere às falhas de mercado, verificáveis quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados a seu livre funcionamento, originam resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis socialmente. Essas falhas são provocadas pelas imperfeições do mercado, notadamente, pela assimetria das informações ou por informação incompleta dos agentes econômicos, bens públicos e pelas externalidades, que são “impactos negativos causados pelo sistema econômico.” (ANDRADE, 2008, p. 3).

Associados a uma transação, existem contratos explícitos ou implícitos aos quais se soma um conjunto de custos, de obtenção de informação, de negociação, de elaboração do contrato, de monitoração, de assegurar a implementação dos termos do contrato e outros (PEREIRA, 1999).

Sobre a assimetria das informações, essa é um óbice e impedimento às relações econômicas, bem como ao desenvolvimento de políticas públicas eficientes. Ela deriva do desconhecimento de todos os possíveis eventos futuros que podem afetar uma transação, de forma a tornar improvável que soluções tomadas no curso do processo possam ser as que melhor atendam ao interesse público (SILVA; AGUIAR; TABAK, 2015).

Em geral, as políticas públicas devem passar por uma análise de custo-benefício, o que nem sempre é suficiente, pois:

Podem existir outros objetivos para as proposições ou políticas públicas além da busca da eficiência e equidade. Nesse sentido, a análise de custo-benefício é um elemento importante, mas não necessariamente deve ser visto como exclusivo.

O princípio chave é o de que todos os custos e benefícios devem ser levados em conta. Se não for possível quantificá-los, deve-se ao menos explicitá-los e descrevê-los tão bem quanto possível. Assim, as decisões a serem tomadas pelos formuladores de políticas serão mais bem informadas (TABAK, 2015, p. 17).

Essa análise visa a maximizar o bem-estar da sociedade, por meio dos resultados das referidas políticas, e “pressupõe a confrontação de todos os custos e benefícios gerados pela introdução” delas na sociedade e no mercado. Conforme Tabak (2015, p. 19), a questão é que “as políticas públicas podem gerar conflitos distributivos”, ganhos líquidos para determinada parte ou setores da população e perdas para outros. Elas também podem envolver uma redistribuição de recursos na economia, uma vez que, de modo geral, projetos de lei, programas e políticas públicas “geram efeitos redistributivos.”

As dificuldades de se valorarem os benefícios e os custos relacionados com a política pública a ser desenvolvida podem ser supridas com a aplicação de metodologias da AED, como valoração contingencial, modelos hedônicos de apreçamento e taxas de desconto, entre outros.

A valoração contingencial é uma metodologia que se utiliza de *surveys* - ou obtenção de informações quantitativas sobre grupos específicos de pessoas - para mensurar a disposição da população para pagar e para receber os benefícios (advindos das políticas públicas, por exemplo). A valoração contingencial, segundo Tabak (2015), é utilizada para valorar benefícios e custos quando se introduzem objetivos que não possuem valor de mercado, como construção de hospital ou de presídio, ação de essencial utilidade para a sociedade. Nos modelos hedônicos de apreçamento para avaliação de custos e de benefício da uma política pública, os valores podem ser inferidos por meio da observação do comportamento do mercado. Essa metodologia deve ser aplicada com cuidado, devido à importância, muitas vezes, dada à renda relativa pelos agentes econômicos, cujo foco pode criar vieses nas decisões e nas distorções dos resultados. A metodologia das taxas de desconto diz respeito à mensuração das preferências individuais por meio das taxas de juros da economia. Calculam-se taxas de desconto nesse sentido, e o resultado vai representar uma recompensa “pelo adiamento de consumo presente, propiciando maior consumo futuro.” Taxas de desconto altas indicam que a sociedade valoriza mais o presente que o futuro. “A taxa de desconto utilizada no processo de decisão na análise de custo e benefício de políticas públicas deve refletir o custo de oportunidade da sociedade.” (TABAK, 2015, p. 17-19).

Diante disso, Tabak destaca o seguinte: mesmo que se possa concluir pela implementação das políticas públicas após a análise dos respectivos custos e dos benefícios, seus resultados podem não ser eficientes no sentido de Kaldor-Hick- “os benefícios são maiores que os custos para a sociedade” - mas serem no sentido de Pareto - “alguns estão em situação melhor e não houve piora na situação dos outros”. “Embora o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks exija que a maioria se beneficie com determinada medida e que possa haver agentes que saem perdendo, é sempre possível realizar uma redistribuição dos recursos de forma a tornar essa medida eficiente no sentido de Pareto.” (TABAK, 2015, p. 8-9).

Em uma pesquisa que avaliou os resultados de três programas da política de governo “Programa Fome Zero” (demandas por cisternas, restaurantes comunitários e aquisição de alimentos da agricultura familiar), implementados em parcerias público-privadas, Kanté (2009) se utilizou dos conceitos de eficiência, efetividade e eficácia e apresentou resultados quantitativos dos beneficiados, detectou desvios de finalidade, problemas de comunicação e outros, relacionados ora com o próprio Governo Federal, ora com as estruturas locais. Porém, segundo a ótica da eficiência de Kaldor-Hicks e de Pareto, quando houve ganhadores e perdedores, esses não foram avaliados. O trabalho não envolveu a perspectiva da AED.

No campo da teoria econômica, normalmente, as análises de custos e benefícios “são baseadas em critérios de eficiência extraídos do Teorema Kaldor-Hicks (ou Melhoria Potencial de Pareto) e do Teorema de Pareto (Ótimo de Pareto).” (CARDOSO, 2015, p. 301). O critério de Kaldor-Hicks prevê que as políticas públicas geram tanto ganhadores como perdedores, “mas propõe que haja um ganho maior aos ganhadores que uma perda maior para os perdedores” (CARDOSO, 2015, p. 302). Já o critério de eficiência proposto por Pareto tenta resolver o problema da escolha de qual política a se adotar, almejando uma solução que simplesmente procure a máxima satisfação de um maior número de pessoas (KANTÉ, 2009).

No caso da pesquisa de Kanté, especificamente, o programa de cisternas foi implementado pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), em parceria com o Programa Articulação do Semiárido (ASA), uma entidade articuladora e apartidária, formada por organizações da sociedade civil, e com a “Associação Programa Um Milhão de Cisternas para o Semiárido (AP1MC)”, entidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, integrante do Terceiro Setor (KANTÉ, 2009).

A implementação do programa partiu não só das demandas sociais - levar água para a região do semiárido brasileiro -, mas também se apoiou, em grande parte, na estrutura encontrada para a realização das ações desenvolvidas pela ASA. O governo estabeleceu uma parceria com organizações em funcionamento, criadas em governos anteriores, para a operacionalização de um dos programas da política Fome Zero (KANTÉ, 2009).

Essa possibilidade de transferência da execução de políticas públicas (ou programas, que, nesse caso, seguem os mesmos parâmetros das políticas, inclusive quanto à respectiva avaliação) para entidades do Terceiro Setor justifica-se sob análise econômica, também, em situações nas quais, não tendo a *expertise* necessária, o Estado transfere para o ente privado a execução de uma política pública, com os objetivos e os custos previamente determinados. Atende-se, assim, ao critério de eficiência tanto na ótica de Pareto como na de Kaldor-Hicks.

## 5.2 MENSURAÇÃO DE CUSTOS E DE BENEFÍCIOS

Uma metodologia de mensuração de custos e de benefícios na implementação de programas ou políticas públicas é a de Hart (2003). Para se mensurar tais custos e benefícios nesses casos, Hart (2003) utiliza um modelo que pode ser empregado em qualquer situação

na qual o administrador público tenha de optar por entregar ou não a execução de um serviço ao particular e, em o fazendo, qual o melhor modelo de gestão.

Tomando por base uma Parceria Público-Privada (PPP) para a construção de instalações e para a prestação de serviços, como a construção de uma prisão e a prestação dos respectivos serviços, em uma primeira hipótese, o governo pode contratar um ente privado. Em uma segunda hipótese, em uma disposição “convencional”, o governo contrata o construtor para construir a prisão e, mais tarde, outro ente privado para administrá-la.

Nessa segunda hipótese, o contrato entre o governo e o construtor é fixado na data 0. A prisão é construída entre datas 0 e 1, e a prisão é operada entre as datas 1 e 2. O contrato especifica as características básicas da prisão que devem ser entregues na data 1 (no caso da prestação convencional) e os serviços prisionais básicos que devem ser prestados entre as datas 1 e 2 (no caso de uma PPP). Em cada caso, o contrato é assumido como incompleto, no sentido de que o construtor pode modificar a natureza da prisão ou a natureza dos serviços penitenciários de várias maneiras, sem violar o contrato. Especificamente, o construtor pode fazer duas espécies de investimentos, relacionados à construção e à operacionalização dos serviços, que têm consequências para os custos e os benefícios do funcionamento da prisão entre as datas 1 e 2.

Podem-se interpretar esses investimentos da seguinte forma: o investimento na construção pode ser produtivo, o que torna a prisão mais atraente e mais fácil de ser construída, correspondendo a um edifício de qualidade superior e, a princípio, menos lucrativo para o construtor. Por outro lado, pode-se desenvolver um investimento improdutivo que reduz a qualidade na construção e em seus custos, embora venha a impactar a operação do serviço subsequente, tornando mais dispendiosa sua contratação. Por exemplo, afirma Hart que, no processo de construção da prisão, o construtor pode perceber que pode instalar uma cerca elétrica que reduz a probabilidade de fugas. Isso reduz os custos operacionais das prisões, uma vez que menos guardas têm de ser contratados. Mas pode não ter sido previsto pelo governo e vai impactar nos custos de construção.

Veja-se o seguinte: se o governo não possui todas as informações do contrato, mas os entes privados as detêm, o governo contrata um construtor na data 0 para construir uma prisão básica para o preço  $P_0$ . Na data 1, o governo leiloa o contrato para operar a prisão. Se houver um ambiente competitivo de empreiteiras, o governo pagará ao operador da prisão um preço igual ao seu custo operacional, havendo, assim, equilíbrio do investimento de operação com o retorno esperado pelo particular. Nessa perspectiva, a solução é simples: o construtor constrói a prisão com o menor custo possível, não internalizando o custo da operação.

Entretanto, se o governo oferece um contrato na data 0, que especifica a qualidade básica do serviço a ser prestado entre as datas 1 e 2 e um preço  $P$  no mesmo contrato, o construtor internaliza, agora, o custo da prestação de serviços, arcando com eventuais custos decorrentes de uma construção improdutivo.

Sob o sistema clássico de separação, o construtor não internaliza o custo operacional. Em contrapartida, sob agrupamento obra/serviço, o construtor internaliza os custos de operacionalização e, como resultado, torna o investimento mais produtivo do que o improdutivo, visto que ele mesmo arcará com os custos adicionais decorrentes da má construção.

O modelo de Hart leva a uma conclusão simples: a prestação convencional, de separação da contratação de obra e serviço, é boa se a qualidade da construção do edifício pode ser bem especificada, enquanto a qualidade do serviço não pode ser. Nessas condições, o subinvestimento no âmbito da obra será possivelmente detectado, enquanto o sobrepreço na operação do serviço em PPP pode não ser.

Em contrapartida, a contratação de serviço público precedido de obra pública ou em PPP é boa se a administração tem condições de especificar a qualidade do serviço no contrato inicial (boas medidas de desempenho que podem ser utilizadas para recompensar ou penalizar o prestador de serviços), mas tem dificuldade de avaliar a qualidade na construção. Nessas condições, o subinvestimento na obra sob a provisão convencional pode ser um problema, enquanto o sobrepreço na prestação do serviço contratado não é.

Portanto, o sucesso da execução de uma política pública depende, em grande parte, de sua estruturação e das circunstâncias levadas em consideração em seu planejamento - tal como descrito no item relativo à sua criação, implementação e dificuldades - e na definição dos parâmetros de execução - como os exemplificados anteriormente, relativos à AED.

O aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas. Em relação a elas, mais importantes que os objetivos ou as metas temporais fixadas, será o processo de sua realização, a partir dos parâmetros fixados em lei. Em parte, esse é o processo político, cuja legitimidade e cuja "qualidade decisória", no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos. Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos (BUCCI, 1997, p. 97).

Conforme Hart, pode-se argumentar que prisões e escolas se enquadram no primeiro caso: a contratação do edifício é relativamente simples, enquanto a contratação do serviço pode não ser. Por outro lado, hospitais podem pertencer ao segundo caso: embora a especificação da qualidade do serviço esteja longe de ser direta, pode ser mais fácil apresentar medidas de desempenho razoáveis sobre como os pacientes são tratados do que especificar a construção de um edifício muito complexo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se destacar instrumentos que podem servir de parâmetro para a avaliação da eficiência na implementação de políticas públicas no Brasil, sendo a AED o campo de

análise dessas ferramentas que visam a avaliar os respectivos custos e benefícios como forma de se mensurar os possíveis resultados.

A transferência da implementação de políticas públicas para o Terceiro Setor suscita ainda questionamentos de ordem prática, haja vista as implicações no desenvolver de seus processos, que vão desde o conhecimento específico da natureza do problema e de sua extensão até as condições encontradas nos locais, objeto das políticas, no momento de sua execução, ou seja, há um quase “desaparelhamento” institucional e estrutural com o qual o Terceiro Setor se defronta, mas que, independente disso, tem de levar a cabo sua responsabilidade. Além disso, há o “lidar” com os recursos públicos e o controle das ações, o que requer conhecimento e até expertise, no sentido de maximizar resultados com menos recursos.

Ressalte-se que a delegação da execução de serviços públicos para entidades privadas não se encontra na estrutura da administração pública, significando que, no interesse social, elas passam a receber e a gerir recursos públicos com vistas à execução desses serviços.

Por outro lado, a Reforma do Estado tem na descentralização talvez a única forma ou a mais imediata para solução dos problemas que o Estado não vem conseguindo atender, qual seja, a prestação de serviços de toda ordem à sociedade. Em outras palavras, quer-se dizer que a transferência da implementação de políticas para o Terceiro Setor não é só uma exigência da realidade que se impõe diante de tantas lacunas, mas também uma ação prevista em lei e considerada um dos pilares para o funcionamento da referida Reforma.

Nessa perspectiva, foram descritas as condições processuais das políticas públicas, visando ao seu dimensionamento como tal e apresentados elementos metodológicos da AED que podem auxiliar, principalmente, o Terceiro Setor no cumprimento dessas tarefas.

## **METHODOLOGICAL INSTRUMENTS FOR THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND EFFICIENCY OF PUBLIC POLICIES EXECUTED BY THE THIRD SECTOR**

### **ABSTRACT**

The objective of this paper is to identify methodological instruments of the Economic Analysis of the Law that can contribute to the execution of public policies by the Third Sector, in the search for the efficiency of the former and the latter. The research has as scope the Brazilian State Reform and the model of managerial administration adopted in the 90's (20th century) in replacement of the patrimonialist state and bureaucratic administration. Globalization is a parallel process that indicates, in its context, the keys to development. We present methodological tools for the Economic Analysis of Law, related to efficiency, as well as criteria that allow the evaluation of social costs and social benefits in the implementation of public policies.

**Keywords:** Administrative Reform. Economic Analysis of Law. Public policy. Third sector.

## INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS DEL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO Y EFICIENCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EJECUTADAS POR EL TERCER SECTOR

### RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo apuntar instrumentos metodológicos del Análisis Económico del Derecho que pueden contribuir a la ejecución de políticas públicas por el Tercer Sector, en la búsqueda de la respectiva eficiencia. La investigación tiene como objetivo la Reforma del Estado brasileño y el modelo de administración gerencial adoptado en la década de los 90 (siglo XX) en sustitución del Estado patrimonialista y la administración burocrática. La globalización es mencionada como un proceso paralelo que indica, en su contexto, las claves para el desarrollo. Los instrumentos metodológicos del análisis económico del derecho, relativos a la eficiencia, se presentan, así como criterios que posibilitan la evaluación de los costos y beneficios sociales en la implementación de políticas públicas.

**Palabras clave:** Reforma Administrativa. Análisis Económico del Derecho. Políticas públicas. Tercer sector.

### REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista de Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

ANDRADE, Daniel Caixeta. Economia e meio ambiente: aspectos teóricos e metodológicos nas visões neoclássica e da economia ecológica. **Leituras de Economia Política**, v. 14, p. 1-31, ago./dez. 2008.

ARRETCHE, Marta, T. S. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 31, p. 44-66, 2006. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BALAZEIRO, Alberto Bastos. O terceiro setor e o dilema da intermediação ilícita de mão de obra. In: PAES, José Eduardo Sabo (Org.). **Terceiro Setor e Tributação**. São Paulo: Elevação, 2016. v. 9.

BARBOSA, Evanir Lenhardt. **Controle interno da administração pública**: instrumento de controle e de gerenciamento. 2002. Monografia - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. Disponível em: <[www.tce.rs.gov.br](http://www.tce.rs.gov.br)>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998.

\_\_\_\_\_. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **A Nova Política de Recursos Humanos**. Brasília: MARE, 1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 16 abr. 2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **DOU**, Brasília, 17 dez. 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRITO, Maurício Ferreira. Constitucionalização das Contratações das Organizações Sociais na Área de Saúde. A decisão do STF à luz da eficiência e da probidade no serviço público. In: PAES, José Eduardo Sabo (Org.). **Terceiro Setor e Tributação**. São Paulo: Elevação, 2016. v. 9.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 112, p. 293-313, jun./set. 2015.

COSTA, Bruno L. Diniz. As mudanças na agenda das políticas sociais no Brasil e os desafios da inovação. In: CARVALHO, Alysson et al. (Org.). **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

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

EASTON, David. **Modalidades de análise política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FAORO, Raimundo. **Os Donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997. v. 1.

FOLLONI, André; YAZBEK, Cristiano Lisboa. Eficiência Tributária do Estado e Retorno de Bem-Estar à Sociedade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 26-39, jan./dez. 2013.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic analysis of law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 1, 2013.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an application to Public-Private Partnerships. **The Economic Journal**, v. 113, n. 486, 2003.
- HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. Tradução Marcos Santarita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, n. 457, 1897.
- HUDSON, Mike. **Administrando organizações do terceiro setor: o desafio de administrar sem receita**. São Paulo: Makron Books, 1999.
- KANTÉ, Mamadou Lamine. **Programa Fome Zero: uma avaliação de sua implementação**. 2009. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- KEYNESIANISMO: o que é, principais características, resumo, conceito, doutrina econômica, intervenção estatal na economia. Disponível em: <<https://www.suapesquisa.com/economia/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- KOSSMANN, Edson Luís. **A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.
- LUSTOSA, Paulo Henrique. **Políticas públicas e assistência social: um preâmbulo para a discussão do Plano Municipal de Assistência Social da Prefeitura Municipal de Fortaleza (1998/2002)**. 2006. Disponível em: <[www.ibrad.org.br](http://www.ibrad.org.br)>. Acesso em: 27 dez. 2017.
- MAZETTO, Flávio Eduardo. Estado, políticas públicas e neoliberalismo: um estudo teórico sobre as parcerias-público-privadas. **Caderno de Estudos Interdisciplinares**, Minas Gerais, p. 1-21, 2015.
- MERCADO, Pedro. **El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MITCHELL, Willian, C.; SIMMONS, Randy, T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução Jorge Ritter. Rio de Janeiro: TOPBOOKS, 2003.
- PAES, José Eduardo Sabo. **As fundações, associações e entidades de interesse social**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PARANÁ. Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. **O que são políticas públicas?** Disponível em: <[www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos)>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- PEREIRA, Paulo Trigo. Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado. In: ENCONTRO NACIONAL DE CIÊNCIA POLÍTICA, 1999. Lisboa. **Anais...** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, dez. 1999. p. 22. Disponível em: <<https://pascal.iseg.ulisboa.pt>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira. **Texto para Discussão**, n. 1, p. 3, 1995. Disponível em: <[www.bresserpereira.org.br](http://www.bresserpereira.org.br)>. Acesso em: 2 fev. 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998a.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos Anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, n. 45, p. 49-95, 1998b. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado**. Brasília: ENAP, 2001. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma gerencial de 1995. In: CASTOR, Belmiro Valverde J. **Burocracia e reforma do Estado**. São Paulo: Fundação Conrad Adenauer, 2001b.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

RIFKIN, Jeremy. Terceira Revolução Industrial. **Planeta Sustentável**, 2007. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

ROBINSON, Willian I. **Global capitalism theory and emergence of transnational elites**. United Nations University: Working Paper, 2010.

RUA, Maria das Graças. **Análise de políticas públicas: conceitos básicos**. Washington, Indes/BID, 1997.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas**. Brasília: ENAP, 2006a. p. 21-42. Disponível em: <[www.enap.gov.br/documents](http://www.enap.gov.br/documents)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SARAVIA, Enrique. Política pública: dos clássicos às modernas abordagens: orientação para a leitura. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas**. Brasília: ENAP, 2006b. p. 13-18. Disponível em: <[www.enap.gov.br/documents](http://www.enap.gov.br/documents)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SELEPRIN, Maiquel José. **A relação Estado e Terceiro Setor**. 2012. Disponível em: <<http://www.educadores.pr.gov.br>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

SENE, Eustáquio de. **Globalização e espaço geográfico**. São Paulo: Contexto, 2012.

SILVA, Alexandre Gomes Bezerra da; AGUIAR, Julio Cesar de; TABAK, Benjamin Miranda. Incentivos fiscais capturados pelos oligopólios: uma perspectiva da análise econômica do direito: In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de (Org.). **Análise econômica do direito: uma abordagem aplicada**. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2015.

SILVA, Raissa Pimentel. Princípio do protetor: beneficiário: por uma justificativa de efetivação à luz da análise comportamental do legislado. **Economic Analysis of Law Review**, v. 6, n. 2, p. 284-303, 2015.

STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, p. 47-63, 2014.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil**. São Paulo: Petrópolis, 2003.

TABAK, Benjamin. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa do Senado**, v. 52, n. 20, p. 321-345, 2015.

YANO, Nina Machado; MONTEIRO, Sérgio Marley Modesto. **Mudanças institucionais na década de 1990 e seus efeitos sobre a produtividade total dos fatores**. 2008. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

# GOVERNANÇA GLOBAL DA TRIBUTAÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE COOPERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA FISCAL

Alceu Mauricio Junior\*

1 Introdução. 2 A globalização e os desafios à tributação do capital internacional. 3 Elisão, evasão e planejamento fiscal abusivo no plano internacional. 4 Os instrumentos de governança global da tributação. 4.1 Tratados relacionados ao *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). 4.2 O projeto sobre a erosão de bases imponíveis e traslado de lucros (BEPS). 5 Os tratados de cooperação internacional podem violar direitos humanos?. 6 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

Este trabalho objetiva analisar os novos instrumentos de governança global da tributação e a controvérsia sobre a possível inconstitucionalidade das normas domésticas que implementam tratados fiscais internacionais de cooperação e troca automática de informações. O trabalho aborda os impactos da globalização sobre os sistemas tributários, apontando que a mobilidade do capital internacional e a ausência de mecanismos eficientes e transparentes de cooperação e troca de informações fiscais facilitam a evasão fiscal e o planejamento tributário agressivo. Sistemas fiscais domésticos isolados e não coordenados não são capazes de apresentar resposta adequada a esses efeitos indesejados, e, conseqüentemente, os Estados perdem sua capacidade de financiar a efetivação dos direitos humanos. Nesse cenário, surge um novo paradigma de governança global da tributação e do Direito Fiscal Internacional, que volta sua atenção para os problemas da evasão fiscal e da erosão das bases imponíveis. Partindo dessas premissas, este artigo apresenta dois instrumentos de governança global da tributação – os tratados relativos ao FATCA e a Ação 12 do Projeto BEPS. Por fim, investiga-se a possível violação de direitos de privacidade e de livre iniciativa em razão da implementação desses instrumentos internacionais na ordem jurídica nacional, efetuando-se uma análise a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do direito comparado. Conclui-se que a implementação de tratados internacionais para cooperação e transparência fiscal não é *prima facie* inconstitucional, embora gere maiores responsabilidades às autoridades tributárias no que tange à preservação dos direitos dos contribuintes.

**Palavras-chave:** Direito Fiscal Internacional. Direito Constitucional. Cooperação Fiscal Internacional. Privacidade. Liberdade de Iniciativa.

\* Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Docente do Curso de Graduação em Direito e do Mestrado em Sociologia Política da Universidade Vila Velha, Vila Velha-ES, Brasil. Juiz Federal em Vitória-ES, Brasil. E-mail: <[alceu.mauricio@gmail.com](mailto:alceu.mauricio@gmail.com)>. <https://orcid.org/0000-0002-0521-7394>

## 1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2015, o mercado financeiro internacional e o público ao redor do mundo foram abalados pela revelação do escândalo conhecido por “*Swiss Leaks*”, por meio do qual se tomou conhecimento das atividades de fraude e evasão fiscal realizadas por intermédio da filial do banco HSBC na Suíça. As investigações indicaram que “entre 9 de novembro de 2006 e 31 de março de 2007, 180,6 bilhões de euros passaram por contas detidas por mais de 100 mil clientes e 20 mil empresas *offshore* com o HSBC em Genebra.” (DAVET; LHOMME; MICHEL, 2015, *online*). O escândalo do HSBC impressionou pelo volume e pela organização institucional das operações desse esquema, mas o problema subjacente que o tornou possível – a falta de transparência fiscal – já era bem conhecido.

As transformações tecnológicas e a globalização experimentadas nas últimas décadas permitiram grandes avanços no comércio e no mercado de capitais internacionais, mas, por outro lado, tornaram possíveis fraudes e evasões fiscais por meio de contas *offshore* e esquemas de planejamento fiscal agressivo que se sustentam em práticas nocivas de competição fiscal e na falta de transparência e articulação entre as autoridades fiscais nacionais, enfraquecendo a capacidade dos Estados de promover os direitos humanos e as prestações do Estado social.

A política tributária de base nacional, tradicionalmente arraigada ao modelo westfaliano como típica manifestação da soberania do Estado, passou a não ser suficiente para lidar com fenômenos que se estendem além de seu território. Renovou-se, assim, a necessidade de construir-se uma verdadeira governança global da tributação, na qual os países possam criar mecanismos de cooperação e transparência fiscal, de modo a inibir práticas criminosas ou danosas à sustentação fiscal dos Estados.

Para dar suporte jurídico a essa governança global da tributação, constrói-se um novo Direito Fiscal Internacional,<sup>1</sup> que não se limita a evitar a dupla tributação, mas também busca criar instrumentos legais para conter a evasão fiscal e a erosão das bases impositivas. No entanto, como se estruturam esses novos instrumentos de governança global da tributação? Esses novos desdobramentos do Direito Internacional e suas repercussões nos sistemas fiscais nacionais, projetados para fortalecer as bases impositivas dos Estados e permitir a promoção dos direitos humanos e do Estado social, também podem colocar em risco os direitos de privacidade e livre iniciativa?

Neste trabalho, procuramos enfrentar essas questões e delinear esse novo paradigma de governança global da tributação, tomando como foco os tratados internacionais de cooperação tributária para troca de informações e transparência fiscal. Para tanto, exploramos inicialmente as transformações e os desafios colocados pela globalização à tributação do capital internacional, indicando que, embora a globalização tenha viabilizado uma dinâmica sem precedentes nos fluxos de capital ao redor do mundo, provocou impactos negativos sobre a tributação dos países ao facilitar esquemas de evasão fiscal e redução de bases impositivas. Em seguida, analisamos com maior detalhe a elisão, a evasão fiscal e o planejamento fiscal

abusivo no plano internacional, expondo como essas práticas encontram campo fértil em um ambiente de opacidade fiscal e não cooperação entre os Estados. Essa análise nos leva ao estudo dos instrumentos de governança global da tributação, especialmente os tratados relacionados ao FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) e à Ação 12 do Projeto sobre a Erosão de Bases Imponíveis e Traslado de Lucros (BEPS). Por fim, abordamos o questionamento relativo à possível violação de direitos humanos por ações decorrentes de tratados de cooperação fiscal internacional, efetuando uma análise a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do direito comparado.

## 2 A GLOBALIZAÇÃO E OS DESAFIOS À TRIBUTAÇÃO DO CAPITAL INTERNACIONAL

Embora o comércio internacional e o trânsito de pessoas e de mercadorias entre países possam remontar à antiguidade, na segunda década do século XX e na transição para o século XXI, consolidou-se o fenômeno que tem sido denominado globalização. A globalização não significa apenas uma maior intensidade no fluxo de pessoas e de mercadorias entre os países, mas também a criação de novas dimensões e estruturas que não eram possíveis antes da revolução tecnológica que ocorreu nos últimos cinquenta anos. Não apenas mercadorias e produtos são vendidos no mercado internacional, mas também as próprias cadeias de produção passaram a ser formadas por redes multinacionais, conectadas por sofisticados sistemas de logística, tornando rótulos de nacionalidade ilusórios. Corporações transnacionais adquiriram a capacidade de exportar empregos para os países onde condições institucionais e jurídicas lhes fossem mais favoráveis, especialmente quanto a regulações ambientais e trabalhistas. Turbinado pelo avanço nos sistemas de comunicação e informação telemática, o fluxo de capitais libertou-se das amarras dos meios físicos de transportes de valores. A globalização trouxe ao capital uma mobilidade sem precedentes, permitindo-lhe assumir um caráter supranacional, com impactos não somente econômicos. Os abalos provocados pela globalização foram sentidos nos sistemas políticos, jurídicos e culturais, ou seja, nas próprias bases do modelo de Estado-nação que se consolidara desde a Paz de Westphalia, provocando, por outro lado, reações de “re-nacionalização” vindas de ambos os polos do leque político. Como resultado, o capital supranacional adquiriu o poder de colocar os países – desenvolvidos e subdesenvolvidos – em uma competição por investimentos, tendo por parâmetros infraestrutura, menores exigências regulatórias e, também, menores cargas tributárias.<sup>2</sup> Dessa forma, o capital passou a poder escolher – por si só, sem maiores interferências de sistemas políticos e jurídicos nacionais – seus domicílios de investimento, de produção e, sobretudo, seu domicílio fiscal (BECK, 2000).

Outro aspecto não menos relevante da globalização é a diferença na mobilização observada entre o capital e o trabalho. Após o período que se estendeu do final do século XIX ao início do século XX, quando restrições à imigração começaram a se acentuar em diversos países, a livre circulação de pessoas ao redor do globo tomou um viés negativo. A força

globalizante que liberou o capital ao final do século XX não se observou quanto ao fluxo de pessoas. Ao contrário, o que se observou foi o enrijecimento de leis migratórias nos países desenvolvidos, com aumento da repressão à imigração ilegal. Essa dupla face da globalização resultou em uma distorção nos sistemas fiscais nacionais. Frente a um capital com extrema mobilidade, e a uma força de trabalho muito menos móvel e atrelada ao território de um determinado país, os Estados nacionais passaram a competir pelo primeiro, oferecendo incentivos e reduzindo impostos que pudessem atrair o capital internacional; todavia, pressionados por déficits fiscais, a saída para compensar a perda arrecadatória foi construída por meio da maior tributação dos rendimentos do trabalho (AVI-YONAH, 2000).

Ao contrário dos trabalhadores, os investidores e as corporações multinacionais, valendo-se em parte da fragilidade de sistemas tributários nacionais não coordenados, bem como das limitações da soberania fiscal ao território dos respectivos Estados, puderam transferir seus lucros e rendimentos internacionalmente com maior liberdade, reduzindo significativamente as receitas de impostos (NABAIS, 2011). O que se observa, conforme Mota (2011, p. 170), é que as limitações políticas dos Estados impõem sérias restrições à tributação dos fatos geradores que podem ser mais “facilmente deslocalizados”, e, com isso, “a capacidade dos Estados de arrecadar impostos e a distribuição da carga fiscal são afetadas, ocasionando a migração da tributação de bases mais voláteis – como o capital – para bases menos voláteis – como o trabalho.” Essa dicotomia também se aplica intercapital, quando se comparam as grandes corporações transnacionais e os pequenos e médios empresários. Enquanto as primeiras conseguem escapar dos entraves burocráticos e das exações fiscais impostas em âmbito nacionais, os pequenos e médios empreendedores – que são os maiores geradores de postos de trabalho – passam a suportar uma carga tributária cada vez mais intensa. Dessa forma, segundo Beck (2000, p. 6), “é uma ironia do destino que os *perdedores* da globalização no futuro terão de pagar por tudo – do estado de bem-estar a uma democracia operativa – enquanto os *vencedores* apuram polpudos lucros e escapam de sua responsabilidade para com o futuro da democracia.”<sup>3</sup>

De fato, uma visada sobre a estrutura fiscal de boa parte dos países desenvolvidos e em desenvolvimento não apresenta uma trajetória de redução da tributação quando comparada proporcionalmente em relação ao produto interno bruto (PIB). Conforme dados levantados pela Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD, na sigla em inglês), observa-se que, no Brasil, por exemplo, a carga tributária, nos últimos anos, tem-se situado em torno de 33% (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017a), o que é muito próximo à média dos países da OECD, como Portugal (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017b).<sup>4</sup> Nota-se, também, uma participação elevada dos impostos e dos tributos sobre o consumo e a produção, em comparação com os incidentes sobre lucros, rendas e capital, o que espelha uma tendência à regressividade do sistema fiscal brasileiro (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017a).

Este cenário das estruturas fiscais não é acidental. Dada a facilidade com que as corporações multinacionais podem realocar geograficamente seus sistemas de produção, os países hospedeiros tendem a reduzir a tributação desses empreendimentos, como já anotamos. Porém, além disso, essas corporações tendem a escapar também da tributação de seus países de origem, que não querem ver suas companhias em desvantagem competitiva. Por outro lado, a imposição fiscal sobre os rendimentos do trabalho e empreendimentos locais de menor porte tem suas limitações econômicas e políticas. Como resultado, os países tendem a aumentar sua dependência por tributos regressivos, como os incidentes sobre a produção e circulação de produtos, mercadorias e serviços, e os tributos sobre a folha de pagamento (AVI-YONAH, 2000).

É importante destacar que esse movimento corporativo para evitar o pagamento de tributos não é necessariamente um crime no sentido típico atribuído ao termo, mas inexoravelmente é danoso para o financiamento dos estados. Evertsson (2016, p. 203), no contexto de estudo sobre a transformação da sociedade empresária Ikea para uma fundação e sua realocação da Suécia para os Países Baixos/Liechtenstein, enquadra as práticas corporativas de evitar a tributação – e as políticas estatais que as tornam possíveis – no rótulo de “crimes da globalização”, os quais seriam “especificamente um produto das forças da globalização, e, por sua própria natureza, ocorrem em um contexto global”. Crime, nessa acepção, não seria propriamente um ilícito penal, mas dano social que “emerge de contínuas e sistemáticas relações de poder”, e não necessariamente de típicos atos previstos em leis criminais. Esses atos danosos se desenvolvem sob um manto de promoção de menor intervenção estatal na economia, mas, ao contrário, a competição fiscal internacional e a concessão de incentivos fiscais a empresas multinacionais nada mais é do que uma política estatal que afeta a concorrência e o livre mercado.<sup>5</sup>

Aponta-se, por outro lado, que a competição fiscal internacional não é necessariamente ruim, já que possibilita a Estados menos desenvolvidos atrair investimentos estrangeiros, compensando certas desvantagens em seu ambiente econômico com uma menor carga tributária, e, com isso, aumentando o nível de emprego de sua população (MACHADO; COSTA, 2016).<sup>6</sup> Outro argumento que se coloca a favor da competição fiscal é que esta torna os governos mais eficientes e responsivos às preferências de sua população (FAULHABER, 2017). Essa competição pode ser benéfica se a perda arrecadatória se traduz em maior bem-estar para a população por meio da via do emprego e da geração de renda individual própria, compensando-se a potencial redução de financiamento do Estado social. No entanto, essa concorrência internacional se torna prejudicial (*harmful tax competition*) quando, ao afetar a localização de uma atividade,<sup>7</sup> erode as bases fiscais de outros países, distorcendo os padrões de comércio e investimento internacionais, além de encorajar o não cumprimento das obrigações fiscais em outros países (KERZNER; CHODIKOFF, 2016).

Assim, a competição fiscal internacional é prejudicial especialmente quando, além de vantagens quanto à tributação propriamente dita, são oferecidos regimes especiais (notadamente

quanto ao sigilo financeiro e fiscal), e, como os Estados desenvolvidos precisam reduzir seus tributos para concorrer com os menos desenvolvidos, “o resultado é uma diminuição global das receitas fiscais maior do que o aumento que resulta para os Estados menos desenvolvidos.” (MACHADO; COSTA, 2016, p. 188).<sup>8</sup> Nesse caso, pode-se afirmar que a competição fiscal internacional corrói as bases da autodeterminação fiscal dos países,<sup>9</sup> e, além de aumentar as já gritantes diferenças entre detentores de capital e demais pessoas, tende a distanciar ainda mais os países ricos dos pobres (DIETSCH, 2015).

A tributação guarda uma relação de congruência e proporcionalidade com o papel que o Estado assume em cada nação. Quanto mais extensas forem as funções do Estado, maiores serão as necessidades de recursos e, conseqüentemente, mais intensa deverá ser a tributação. Contudo, mesmo as funções mais básicas de um Estado que se declare como mínimo demandarão recursos, pois, ainda que se assegurem somente direitos ditos “negativos”, esses direitos terão custos que deverão ser suportados por tributos.<sup>10</sup> O fato, contudo, é que o papel do Estado nas democracias ocidentais tem sido ampliado nas últimas décadas, recebendo atribuições que vão muito além do estado “guarda-noturno”. As constituições promulgadas a partir da segunda metade do século XX consagram, em diferentes graus, direitos à educação, ao trabalho, à moradia, além de deveres de proteção à cultura e ao meio ambiente. Mesmo nos Estados Unidos da América, onde a Constituição foi pouco alterada desde sua promulgação no século XVIII e se restringe à proteção de direitos de liberdade, propriedade e igualdade em sentido formal, pode-se afirmar que existe um Estado de bem-estar social criado pela via legislativa (HENKIN, 1978).

Tributação é uma política pública cujo foco reside em definir sobre quem – e em que medida – irão recair os encargos para a manutenção da atividade estatal. Significa, portanto, efetuar uma escolha redistributiva entre os que, na sociedade, serão mais onerados e os que, por outro lado, receberão benefícios fiscais. Nessa medida, as decisões sobre as políticas tributárias serão tomadas por seus elaboradores na medida de suas “crenças sobre os direitos de propriedade privada e o papel do Estado na sociedade civil”, devendo tomar por base princípios de equidade e justiça, como a capacidade contributiva, o princípio do benefício e a equidade intergeracional (THOM, 2017, p. 33).

Em países como Brasil e Portugal, que contêm normas tributárias específicas em suas constituições, a política tributária continua sendo um espaço de discricionariedade política do legislador, mas trata-se de uma discricionariedade limitada tanto na sua forma quanto aos fins que deve perseguir. A política tributária, portanto, submete-se ao direito fiscal e à sua “permanente tensão entre os princípios da segurança jurídica e da justiça fiscal” (DOURADO, 2016, p. 236), devendo conformar-se ao modelo de Estado previsto na Constituição.

Essa busca por justiça fiscal deve moldar a política tributária de modo a permitir que todos tenham suas rendas identificadas e submetidas aos impostos na medida de suas capacidades econômicas. Nesse sentido, a política tributária precisa fornecer os meios para que se desenvolva uma eficaz administração dos impostos e dos demais tributos, evitando a evasão e a fraude fiscal, bem como o abuso de formas.

### 3 ELISÃO, EVASÃO E PLANEJAMENTO FISCAL ABUSIVO NO PLANO INTERNACIONAL

Segundo Dourado (2016, p. 237-238), a não submissão de um determinado fato, ato ou negócio jurídico à incidência tributária, ou a redução de seu impacto tributário, pode resultar de uma série de fatores que estariam, assim, escalonados:

- a) o fato ou ato jurídico não representa consumo, renda ou propriedade;
- b) a forma jurídica escolhida para os atos ou negócios jurídicos tem a finalidade de eliminar ou reduzir a matéria tributável, mas essa finalidade não é a principal nem é artificial, havendo razões econômicas para sua prática além da mera economia de imposto;
- c) o aproveitamento de lacunas intencionais ou não intencionais na legislação doméstica ou na interação entre legislações de diferentes países;
- d) a adoção de formas jurídicas com a exclusiva finalidade de evitar a incidência tributária, sem correspondência entre a forma jurídica adotada e a substância do negócio;
- e) os atos ou negócios constituem infrações penais ou administrativas.

Para os fins deste trabalho, devemos centrar nossa atenção nos três últimos casos, especialmente quanto ao chamado planejamento fiscal agressivo e à evasão fiscal no contexto internacional.

A evasão fiscal internacional consiste na proposital não declaração de rendas auferidas no exterior que, de outro modo, seriam tributadas, caso devidamente reportadas à administração tributária, distinguindo-se do planejamento fiscal, que consiste na prática de evitar a tributação se utilizando das opções previstas na própria legislação tributária. Ao contrário da evasão, que é uma atividade ilícita, o planejamento fiscal é a princípio aceitável, não podendo se afirmar que exista um dever de pagar tributos além do que é devido segundo a lei (KERZNER; CHODIKOFF, 2016).

No plano internacional, a evasão fiscal apresenta uma dimensão específica quanto ao problema das contas *offshore*. A modernização dos meios de transferência eletrônica de valores facilitou enormemente a abertura de contas em países distintos dos do país de domicílio dos contribuintes, em muitos casos, em paraísos fiscais,<sup>11</sup> que buscam atrair capitais por meio de imposições fiscais mínimas ou negativas e estruturas jurídicas de sigilo bancário e opacidade quanto à propriedade de ativos (DIETSCH, 2015).<sup>12</sup> Estima-se que mais de 6% (aproximadamente 8,5 trilhões de dólares) de toda a riqueza global transite em contas *offshore* (GRINBERG, 2016).

A princípio, não há, em geral, ilegalidade na abertura de contas em outros países, nem na transferência de valores para essas contas. O problema, no entanto, reside no fato de muitas vezes essas contas *offshore* serem utilizadas para ocultar rendas e valores não declarados à administração tributária.

Esse é um problema que afeta os países desenvolvidos, mas atinge os países em desenvolvimento em uma escala muito maior. Estima-se que o percentual da riqueza mantido em contas

*offshore* seja menor do que 2% nos EUA e 8% na Europa, enquanto esses números sobem para 25% na América Latina e 33% no Oriente Médio e na África, cifras que se agravam pela menor capacidade de promover auditorias e investigações por parte desses países (GRINBERG, 2012). Como essas contas *offshore* em muitos casos têm sido instrumento para os chamados “fluxos financeiros ilícitos” – ou a transferência internacional de recursos em violação à lei – elas tendem a atingir de um modo desproporcional as economias e os orçamentos dos países mais pobres, privando-os do necessário capital econômico para o desenvolvimento e a proteção dos direitos humanos (POGGE; MEHTA, 2016).

A evasão fiscal decorrente do uso de contas *offshore* “opacas” à administração fiscal tem como consequência imediata a redução da base tributável e o enfraquecimento da capacidade de financiamento do Estado. Além disso, a evasão fiscal provocada por contas *offshore* não declaradas e não detectadas também levanta preocupações quanto ao tratamento isonômico dos contribuintes e ao próprio engajamento destes na comunidade política, especialmente em países com histórico de impunidade e favorecimento a elites. Dessa forma, além de prejudicar a população mais necessitada pela falta de financiamento para programas sociais, a política tributária que falha em combater a evasão fiscal de uma elite econômica conduz a um ambiente em que o não pagamento de tributos passa a ter baixa reprovação social, traduzindo-se em menor grau de confiança nos governos (GRINBERG, 2016).

Questão distinta da evasão fiscal é a do planejamento fiscal agressivo. O planejamento fiscal não é um ato ilícito administrativo ou criminal, e a princípio se caracteriza como um exercício da liberdade fundamental do contribuinte de não se sujeitar a uma tributação além do que exige o ordenamento jurídico. Não obstante, o planejamento fiscal pode levar a situações concretas de injustiça fiscal,<sup>13</sup> fazendo surgir para o legislador, no plano doméstico, um dever de suprir eventuais lacunas ou estabelecer cláusulas antielisivas ou antiabuso. Essas cláusulas, de modo geral, permitem a aplicação da chamada interpretação econômica dos fatos (DOURADO, 2016), prevista em Portugal no art. 11 n° 3 da Lei Geral Tributária, e, no Brasil, no art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.<sup>14</sup>

No plano internacional, uma das formas de planejamento fiscal agressivo se consolida por meio da prática do *treaty shopping*, ou seja, o contribuinte busca adquirir os benefícios de um tratado que não lhe está disponível, considerando sua residência fiscal, interpondo uma sociedade empresária em um país signatário de um tratado fiscal vantajoso (BECKER; WURM, 1988). Embora haja áreas em que a situação acima descrita não seja propriamente um desvio (transações e estruturas estabelecidas de boa-fé, por exemplo), caracteriza-se como impróprio o uso de um tratado quando o beneficiário da entidade interposta no país do tratado (normalmente uma corporação multinacional) não tem residência no país em que a entidade é criada, e essa entidade interposta tem uma atividade econômica mínima naquele país, servindo primordialmente para que a entidade que lhe controla possa usufruir de benefícios fiscais que não lhe alcançariam se essa prática não fosse adotada, como a isenção de impostos retidos na fonte em pagamentos

internacionais (AVI-YONAH; PANAYI, 2010).

A OECD associa o planejamento fiscal agressivo a práticas relacionadas a “deduções excessivas de juros, instrumentos e entidades híbridas, e subsidiárias sem substância que se beneficiam de baixas tributações efetivas.” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017d, p. 15). Como destaca Dourado (2016, p. 258), o planejamento fiscal agressivo tem sido associado ao risco de evasão e elisão fiscal associado à globalização e ao livre fluxo de capitais, aparecendo relacionado “com a existência de fatos tributários interestaduais que envolvem ordenamentos jurídicos de baixa tributação”, sendo “usado na documentação da OCDE e da União Europeia [...] como um conceito vago e relacionado com um apelo a uma coordenação fiscal internacional.” Dessa forma, o planejamento fiscal agressivo é um conceito guarda-chuva ou “conceito-chapéu”, sendo “descrito, em geral, como o comportamento adotado pelas multinacionais para explorar as oportunidades existentes para reduzir a carga fiscal como resultado da globalização e da interação das regras fiscais dos diferentes ordenamentos jurídicos.” (DOURADO, 2016, p. 258-259).<sup>15</sup>

Embora o planejamento fiscal agressivo não tenha a mesma conotação ilícita da evasão fiscal, seus efeitos não são necessariamente menores sobre as receitas tributárias dos países. Estima-se que a perda de receita com o imposto sobre os lucros das sociedades empresárias multinacionais seja em torno de 4% a 10% das receitas totais dessas corporações, o que indicaria uma cifra entre 100 e 240 bilhões de dólares anuais. Essa perda se torna possível graças a políticas tributárias indevidas, com sistemas tributários nacionais não transparentes, ineficientes e que não se comunicam entre si (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015a).

Podemos dizer, então, que uma política tributária que não aborde adequadamente a questão da globalização é injusta por discriminar os contribuintes, seja por permitir a utilização de planejamentos fiscais agressivos, seja por permitir (por ineficiência ou conivência) a fraude e a evasão fiscal. Essa injustiça tende a assumir um círculo vicioso, pois a carga tributária dos contribuintes que voluntariamente cumprem com suas obrigações tributárias tenderá a aumentar, assim como o sistema tributário é forçado a tomar um viés mais regressivo, dependente de impostos indiretos sobre o consumo e a produção. Conseqüentemente, o Estado perde seu poder de financiamento das prestações do estado social, fazendo com que a população mais necessitada sofra duplamente, tanto pela redução de prestações sociais quanto pelo aumento dos impostos sobre o consumo. Esse cenário, por sua vez, ameaça a democracia em pelo menos duas dimensões:

- a) reduz a confiança da população nas instituições do Estado, reduzindo o comprometimento com o esforço coletivo para o seu financiamento e;
- b) reduz as condições materiais mínimas dos indivíduos, necessárias para o desenvolvimento de um ambiente democrático estável e participativo.

## 4 OS INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA GLOBAL DA TRIBUTAÇÃO

Os desafios impostos pela globalização – especialmente a evasão fiscal e o planejamento fiscal agressivo – demandam uma nova governança da tributação. Essa governança não pode mais residir em iniciativas isoladas no âmbito doméstico sem coordenação internacional, sob pena de ineficácia e, conseqüentemente, não efetivação dos direitos humanos e das prestações do Estado social, levando à perpetuação da desigualdade de distribuição de renda. Nesse cenário, o Direito Internacional Tributário, compreendido a partir de um novo paradigma de centralidade da dignidade humana, “deve colocar-se ao serviço da promoção da transparência democrática, do desenvolvimento econômico e social e da justa distribuição de rendimentos à escala global”, além do que deve promover “a transparência e a neutralidade econômica da legislação fiscal” (MACHADO; COSTA, 2016, p. 154-156).

Por essas razões, o Direito Fiscal Internacional vem ganhando renovada importância no contexto da construção de um sistema internacional que proporcione maior equilíbrio e coordenação dos países na área fiscal, reduzindo o espaço para a competição nociva e a erosão das fontes de financiamento do Estado social. A cooperação fiscal internacional preocupava-se inicialmente com mecanismos para evitar a dupla-tributação internacional, e, com o tempo, a evasão fiscal e o planejamento fiscal agressivo foram sendo incorporados às agendas das negociações e tratados internacionais (RIXEN, 2008).

Um instrumento indispensável para combater a evasão fiscal é disponibilizar informações sobre ativos financeiros às autoridades fiscais. De um modo geral, o fisco pode ter acesso a informações bancárias dos contribuintes relativamente aos ativos mantidos em instituições financeiras localizadas em seu território, respeitados os parâmetros legais e constitucionais. Trata-se de uma medida que está ao alcance da soberania estatal, incluindo-se a possibilidade de definições de penalidades administrativas e criminais para as instituições financeiras que se recusarem a fornecer informações.

No caso de contas *offshore*, essa situação se complica, pois o Estado não pode impor sua soberania além dos limites de seu território. Além disso, a resolução da evasão ligada às contas *offshore* também reside na informação. Se a administração tributária dispuser de instrumentos que permitam a identificação dos contribuintes que possuem conta no exterior, seria possível, sem maiores dificuldades, verificar se esses valores foram declarados corretamente ao fisco, e, assim, “garantir que o uso de contas ocultas por poucos não aumente o ônus tributário de muitos.” (GRINBERG, 2016, p. 16).

De forma semelhante, o planejamento fiscal agressivo também floresce em um ambiente de opacidade fiscal. Essa opacidade pode ser tanto vertical – na qual autoridades tributárias não dispõem de mecanismos para avaliar oportunamente os esquemas fiscais adotados por contribuintes em sua jurisdição – quanto horizontal – em que as autoridades fiscais carecem de instrumentos de compartilhamento de informações sobre as iniciativas de planejamento fiscal.

A falta de um sistema eficaz de troca de informações é a peça-chave dos regimes fiscais prejudiciais que distorcem as decisões de investimentos e comprometem as bases fiscais da comunidade internacional, portanto tratados internacionais que permitam expandir a transparência fiscal internacional são fundamentais para uma melhor governança internacional da tributação (GUPTA, 2013).

Nessa seção, abordamos dois instrumentos internacionais que têm apresentado significantes desenvolvimentos para a ampliação da transparência fiscal internacional: os tratados relacionados ao FATCA e ao Projeto BEPS.

#### 4.1 TRATADOS RELACIONADOS AO FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT (FATCA)

No que tange ao estabelecimento de uma arquitetura institucional para garantir a *compliance* tributária internacional e, dessa forma, instituir um mecanismo de combate ao uso indevido de contas *offshore*, o grande catalisador de um sistema de troca automática de informações foi a edição da legislação norte-americana conhecida como FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), em 2010 (GRINBERG, 2016).<sup>16</sup>

O FATCA foi uma norma implementada para lidar com um problema recorrente do fisco norte-americano (IRS),<sup>17</sup> no tocante à falta de mecanismos legais ágeis para obter informações de instituições financeiras situadas no exterior. Enquanto as instituições sediadas nos EUA eram obrigadas a informar saldos e rendimentos de clientes, tais regras não se aplicavam aos bancos com sede no exterior, permitindo que residentes fiscais nos EUA (*US persons*) pudessem manter valores não declarados em contas *offshore*, enquanto os bancos depositários sustentavam a recusa de fornecer informações sob o argumento de direitos de sigilo bancário nos países em que se situavam. O escândalo envolvendo o banco suíço UBS, em 2008, e o vazamento de informações de correntistas do banco LGT de Liechtenstein, no mesmo ano, somados a argumentos de que os EUA perdiam cerca de US\$ 100 bilhões por ano com evasão fiscal em contas *offshore* forneceram o combustível político para que o Congresso norte-americano aprovasse a legislação pertinente ao FATCA (BYRNES; MUNRO, 2016).

Em síntese, o FATCA requer que instituições financeiras estrangeiras reportem o valor ou saldo das contas de correntistas norte-americanos, bem como dividendos, juros ou outras rendas por esses recebidas. Caso essas instituições financeiras não forneçam as informações bancárias de seus clientes norte-americanos, o FATCA prevê uma espécie de penalidade, consubstanciada na imposição de um tipo de “imposto”<sup>18</sup> retido sobre pagamentos feitos por fontes norte-americanas a essas instituições (GRINBERG, 2016). Ademais, o FATCA impõe também diversos deveres de *due diligence* às instituições financeiras, no tocante à abertura de novas contas bancárias e em relação a contas antigas que se enquadrem nos parâmetros daquela norma (GUPTA, 2013).

Um problema identificado quanto à aplicação do FATCA é que esse regime obrigava as instituições financeiras situadas no exterior a fornecer informações sobre contribuintes diretamente ao governo dos EUA, podendo, com isso, incorrer em violação de sigilo segundo a lei dos países em que estavam sediadas. A resolução para esse problema foi possível por meio de tratativas internacionais, em que Alemanha, França, Itália, Espanha e o Reino Unido – as cinco maiores economias europeias – resolveram cooperar com os EUA, evoluindo-se rapidamente para um projeto piloto no estilo do FATCA no âmbito do G20 (GRINBERG, 2016). Aponta-se que o FATCA foi a força motriz para a adoção de um intercâmbio automático de informações pelo G20 e pela OECD (KERZNER; CHODIKOFF, 2016). Dessa forma, podemos afirmar que o FATCA, apesar de ter surgido como uma norma de direito interno dos EUA,<sup>19</sup> projetou-se como modelo para celebração de tratados bilaterais e multilaterais de trocas automáticas de informações de interesse fiscal.

A partir do FATCA, foram elaborados modelos-padrão de tratados internacionais, normalmente bilaterais, nos quais os países signatários se comprometem a adotar regras para permitir o acesso a informações de contribuintes residentes em um Estado, mas que possuam contas bancárias ou investimentos financeiros no outro. De modo geral, essa troca de informações se daria por meio da autoridade tributária de cada país (Modelo 1), muito embora haja a possibilidade de celebração de tratados em que a instituição financeira estrangeira forneça as informações bancárias dos cidadãos norte-americanos (*US persons*) diretamente à autoridade fiscal norte-americana (GUPTA, 2013).

O Brasil celebrou com os EUA tratado para implementação do FATCA em setembro de 2014, tendo esse tratado sido oficialmente incorporado ao direito interno brasileiro em 24 de agosto de 2015, por meio do Decreto 8.506 de 2015. No caso brasileiro, foi adotado o “modelo 1”, com as trocas de informações sendo efetuadas anualmente por intermédio das “autoridades competentes” – “no caso dos EUA, o Secretário do Tesouro ou seu representante; e, no caso do Brasil, o Ministro da Fazenda, o Secretário da Receita Federal ou seus representantes” (BRASIL, 2015a). Em Portugal, o tratado para implementação do FATCA foi ratificado pelo Decreto nº 53 de 2016 (PORTUGAL, 2016a), também adotando o “modelo 1”.<sup>20</sup>

#### 4.2 O PROJETO SOBRE A EROSÃO DE BASES IMPONÍVEIS E TRASLADO DE LUCROS (BEPS)

Outro relevante desenvolvimento do Direito Fiscal Internacional foi a iniciativa desenvolvida no âmbito do G20/OECD denominada Projeto BEPS – sigla correspondente à *Base Erosion and Profit Shifting Project* ou *Projeto sobre a Erosão de Bases Imponíveis e Traslado de Lucros*. É recorrente a afirmativa de que este projeto “supõe um novo paradigma de fiscalidade internacional.” (BENÍTEZ, 2017, p. 85).

O Projeto BEPS, em linhas gerais, procura coordenar ações fiscais internacionais para que os países se estruturam e tomem medidas relacionadas ao planejamento fiscal agressivo

(*aggressive tax planning*). Dessa forma, o Projeto BEPS procura abordar o problema das estratégias de planejamento fiscal que, embora não sejam necessariamente ilegais, exploram lacunas e falhas nas normas tributárias dos países para trasladar lucros para países de baixa tributação (ou mesmo sem tributação), minando a integridade dos sistemas fiscais e obtendo assim indevidas vantagens competitivas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017c). O consenso que se formou no âmbito do G20 é que a erosão das bases fiscais não era decorrente de normas isoladas, mas da deficiência das legislações domésticas em lidar com as transformações no ambiente global de negócios e, principalmente, da falta de coordenação e de instrumentos eficazes de trocas de informação entre as autoridades tributárias (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015a).

Para tanto, o Projeto BEPS procura estudar e apresentar soluções para:

- a) as incoerências e as lacunas nas normas fiscais dos Estados;
- b) a adequação das normas fiscais aos avanços tecnológicos;
- c) a promoção de um realinhamento da atividade fiscal frente ao poder econômico e;
- d) o estabelecimento de medidas formais e materiais para prevenir o abuso das normas fiscais no âmbito internacional (GONZÁLEZ-BARREDA, 2017).

Na estrutura do Projeto BEPS, são previstas 12 ações, que abaixo listamos (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017d, p. 34-37):<sup>21</sup>

Ação 1 – Enfrentar os desafios fiscais da economia digital.

Ação 2 – Neutralizar os efeitos de arranjos financeiros híbridos que permitem a dupla não tributação (*Hybrid Mismatch Arrangements*).

Ação 3 – Construir regras efetivas relacionadas às sociedades estrangeiras controladas (CFC ou *Controlled Foreign Company*).

Ação 4 – Limitar a erosão das bases imponíveis envolvendo dedução de juros e outras despesas financeiras.

Ação 5 – Combater de forma mais efetiva práticas fiscais nocivas, levando em consideração a transparência e a substância (no caso, se há atividade substancial em um regime fiscal preferencial).

Ação 6 – Prevenir a concessão de benefícios de tratados em condições inapropriadas (evitar o “*treaty shopping*” por meio de regras para prevenir abuso de tratado).

Ação 7 – Prevenir que se contorne artificialmente o status de “estabelecimento permanente” para fins de tributação.

Ações 8 a 10 – Alinhar as regras relativas a preços de transferência (*transfer pricing*) com a geração efetiva de valor.

Ação 11 – Monitorar e mensurar o impacto econômico do BEPS.

Ação 12 – Prover um framework para regras de comunicação mandatária de planejamento fiscal a serem adotadas pelos países.

Ação 13 – Prover orientações para a documentação de preços de transferência e relatórios “país-a-país”.

Ação 14 – Tornar os mecanismos de resoluções de disputa mais efetivos.

Ação 15 – Desenvolver um instrumento multilateral para implementar medidas do BEPS e alterar tratados fiscais bilaterais.

Dentre as ações do BEPS, chama-nos especialmente a atenção a Ação 12, que trata das regras de divulgação ou comunicação obrigatória de esquemas de planejamento fiscal agressivo, tendo em vista que nos parece ser esta ação a que mais possa suscitar reações quanto a possíveis violações de liberdades fundamentais.

De acordo com o Relatório Final da Ação 12 do BEPS (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015b), os governos precisam ter acesso oportuno a informações relevantes de modo a identificar e a responder adequadamente a riscos decorrentes de esquemas de planejamento fiscal, portanto identificam-se três produtos-chave dessa ação, quais sejam:

- a) recomendações para o projeto modular de regras de comunicações obrigatórias;
- b) foco nos esquemas fiscais internacionais e consideração de uma ampla definição de benefícios fiscais para capturar transações relevantes e;
- c) desenho e execução de modelos reforçados de compartilhamento de informações sobre esquemas internacionais de planejamento fiscal.

Destaca a doutrina que a Ação 12 do BEPS é uma recomendação sem caráter obrigatório e sem standard mínimo, de modo que os Estados têm liberdade para avaliar a relação de custo-benefício na implementação da medida (RANZ, 2017).

O Brasil, embora ainda não seja membro da OECD, aderiu ao Projeto BEPS em 2013, e é um membro do *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* desde 2009 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015c). O governo brasileiro procurou inserir em seu ordenamento jurídico a implementação da Ação 12 do BEPS por meio da Medida Provisória (MP) nº 685 de 2015, que, em sua exposição de motivos, assim dispôs (BRASIL, 2015b, *online*):

4. A segunda medida proposta estabelece a necessidade de revelação de estratégias de planejamento tributário, que visa aumentar a segurança jurídica no ambiente de negócios do país e gerar economia de recursos públicos em litígios desnecessários e demorados. A ausência de informações completas e relevantes a respeito das estratégias de planejamentos tributários nocivos é um dos principais desafios enfrentados pelas administrações tributárias no mundo. O acesso tempestivo a tais informações oferece a oportunidade de responder rapidamente aos riscos de perda de arrecadação tributária por meio de fiscalização ou de mudança na legislação.

5. Nesta linha, o Plano de Ação sobre Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros (Plano de Ação BEPS, OCDE, 2013), projeto desenvolvido no âmbito da OCDE/G20 e que conta com a participação do Brasil, reconheceu, com base na experiência de diversos países (EUA, Reino Unido, Portugal, África do Sul, Canadá e Irlanda), os benefícios das regras de revelação obrigatória a administrações tributárias. Assim, no âmbito do BEPS, há recomendações relacionadas com a elaboração de tais regras quanto a operações, arranjos ou estruturas

agressivos ou abusivos.

6. O principal objetivo dessa medida é instruir a administração tributária com informação tempestiva a respeito de planejamento tributário, além de conferir segurança jurídica à empresa que revela a operação, inclusive com cobrança apenas do tributo devido e de juros de mora caso a operação não seja reconhecida, para fins tributários, pela RFB. Ademais, destaca-se que a medida estimula postura mais cautelosa por parte dos jurisdicionados antes de fazer uso de planejamentos tributários agressivos.

Não obstante, a MP 685 encontrou fortes críticas. Na Câmara dos Deputados, a medida foi rejeitada e, apesar de ter sido reintroduzida pelo Senado Federal, foi novamente excluída pela Câmara no projeto que se converteu na Lei nº 13.202 de 2015.

Portugal, por outro lado, que é membro da OECD e da União Europeia, tem em sua legislação nacional norma jurídica compatível com a Ação 12 do BEPS, tendo sido um “dos primeiros ordenamentos a introduzir o conceito de planejamento fiscal agressivo” (DOURADO, 2016, p. 259), consubstanciado no Decreto-Lei nº 29 de 2008. Assim, essa norma – que obviamente antecede ao Projeto BEPS, mas que com este se alinha – consagrou, em relação ao planejamento fiscal, um regime que se fundamenta “na consagração de deveres de informação à administração fiscal tendo em conta que o funcionamento regular, eficaz, íntegro e justo do sistema fiscal também depende fortemente da informação que lhe seja reportada, em tempo oportuno.” (PORTUGAL, 2008, *online*).

Os tratados relativos ao FATCA e ao Projeto BEPS – e, em nosso foco de abordagem, especialmente a Ação 12 do BEPS – trouxeram contribuição significativa para o problema de falta de transparência fiscal no âmbito internacional, tanto no plano vertical quanto no plano horizontal, bem como colocaram a coordenação e a cooperação internacional em matéria tributária em um novo patamar. A questão que nos é posta é se a adoção desses tratados e a sua colocação em prática pelas autoridades tributárias podem violar direitos humanos dos contribuintes.

## 5 OS TRATADOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PODEM VIOLAR DIREITOS HUMANOS?

Os direitos humanos e a tributação mantêm entre si uma relação ambivalente. Se, por um lado, a tributação permite que o Estado efetive os direitos sociais previstos em lei ou na Constituição, por outro lado, podemos vislumbrar que exigências tributárias desproporcionais podem afetar a esfera de liberdade ou de privacidade dos indivíduos, e, neste caso, o direito tributário pode conformar uma esfera de proteção jurídica dos direitos humanos.

De forma análoga, conforme Kofler e Pistone (2011, p. 11), a tributação internacional e o direito tributário internacional podem ser um instrumento para tornar efetivos os valores sociais e jurídicos de uma nação, “incluindo um certo standard de direitos humanos além de suas fronteiras”, bem como podem fornecer uma garantia no plano internacional para lidar

com questões em que os ordenamentos jurídicos domésticos são falhos. No entanto, tratados internacionais de direito fiscal também podem colidir com direitos constitucionalmente garantidos, entre os quais identificamos os direitos de privacidade e de liberdade de iniciativa.

Essa questão é especialmente relevante quando situamos os tratados internacionais de direito tributário no contexto da hierarquia das fontes de direito. Em Portugal, a doutrina aponta a primazia do direito convencional sobre os atos legislativos, mas enfatiza a subordinação dos tratados sobre dupla tributação à Constituição (MACHADO; COSTA, 2016). No Brasil, onde o art. 98 do Código Tributário Nacional expressamente prevê que “tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” (BRASIL, 1966, *online*), podemos afirmar que os tratados internacionais de direito tributário possuem uma eficácia supralegal, colocando-se acima da legislação infraconstitucional, mas os atos deles decorrentes submetem-se ao controle de constitucionalidade.<sup>22</sup>

Vejamos o caso do sigilo bancário. Uma tese possível é que o sigilo bancário estaria compreendido entre os direitos de privacidade, reconhecidos como direitos fundamentais tanto em Portugal, conforme art. 26.1 da Constituição da República Portuguesa (CRP), quanto no Brasil (art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988/CRFB), portanto a obrigação de bancos fornecerem diretamente ao fisco informações sobre seus correntistas seria uma violação de direitos humanos.

A defesa de um direito de sigilo bancário frente ao fisco colide com as práticas e as políticas tributárias da maioria dos países desenvolvidos, onde esta tese, segundo Grinberg (2016), perdeu tanto a batalha moral quanto a jurídica. No caso do sigilo bancário transfronteiriço, faz-se certa defesa baseada no argumento de que esse sigilo protegeria os cidadãos de governos autoritários ou corruptos. No entanto, deve-se levar em consideração que um sistema internacional de trocas de informações fiscais deve ser limitado a esse propósito, considerando que de fato existem governos ilegítimos, os estados poderiam avaliar se deveriam ou não fornecer informações bancárias. Esta ponderação entre o risco político para o cidadão do país requerente e o direito desse país em identificar as rendas e os bens dos contribuintes sujeitos à sua jurisdição é um dos grandes desafios para o direito tributário internacional nas próximas décadas. (GRINBERG, 2016).<sup>23</sup>

Em Portugal, de acordo com Santos e Palma (2013), o sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições. Desde 2006, a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) tem poder de acessar informações bancárias, dispensando-se o consentimento do detentor dessas informações protegidas, nos casos em que há indícios de crimes fiscais; indícios de não veracidade ou incompletude em informações que deveriam ser prestadas de acordo com a lei; indícios de aumento patrimonial não justificado; entre outros casos. Além disso, de acordo com o Decreto-lei 29 de 2008, foram estabelecidos deveres de comunicação à AT para combater planejamentos fiscais abusivos (SANTOS; PALMA, 2013).

No Brasil, o sigilo bancário não é considerado um direito absoluto. O Supremo Tribunal

Federal, em diversas ocasiões, já havia afirmado a possibilidade de quebra desse sigilo por meio de ordem judicial.<sup>24</sup> Com a Lei Complementar 105, de 2001, atribuiu-se competência à autoridade fiscal para requerer, diretamente às instituições financeiras, dados bancários de contribuintes. Embora esta lei tenha sido questionada perante o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 601.314), a Corte considerou-a constitucional, afirmando que a correta identificação de bens e direitos do contribuinte é fundamental para que se possa dar concretude aos princípios da igualdade fiscal e da capacidade contributiva. Assim, muito embora a Lei Complementar 105 tenha instituído uma restrição ao direito fundamental de privacidade do contribuinte, esta restrição não feriu o princípio da proporcionalidade – considerado em suas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – já que foram estabelecidos critérios objetivos para a requisição das informações pelo fisco e que não foi violado o núcleo essencial do direito de privacidade, pois as informações que antes estavam protegidas por sigilo bancário passaram a estar protegidas por sigilo fiscal. Desse modo, o Tribunal ressaltou que:<sup>25</sup>

De fato, o acesso expedito e direto às informações bancárias dos contribuintes revela-se absolutamente indispensável para que a Autoridade Fazendária possa levar a cabo seu mister institucional de fiscalizar e cobrar tributos no cenário econômico atual.

A rigor, não parece haver meios capazes de assegurar à Autoridade Fazendária o mesmo resultado pretendido sem implicar ainda maior restrição aos direitos fundamentais dos contribuintes.

[...]

Por outro lado, não se diga que a Administração poderia, sempre que preciso, adotar procedimentos judiciais para que o Poder Judiciário lhe franqueasse o acesso às informações necessárias à fiscalização tributária.

Pelo que já se viu neste julgamento, parece estar claro que esse proceder seria inviável, na prática. Não atenderia às necessidades da Administração Tributária, seja em termos de celeridade, ou de troca de informação, na forma do previsto em acordos internacionais celebrados (BRASIL, 2016, *online*).

O caso subjacente ao Recurso Extraordinário 601.314 não era diretamente relacionado à observância de tratados internacionais tributários, mas é digno de nota que as recentes transformações na governança internacional da tributação foram levadas em consideração nos argumentos da Corte, como fica explícito no trecho abaixo transcrito, em que, expressamente, faz-se referência ao acordo do FATCA celebrado entre Brasil e EUA:

Aliás, as informações trazidas a este julgamento deixam claro que há uma verdadeira tendência mundial, hoje em curso, no sentido de ampliar, cada vez mais, a troca de informações fiscais entre países e reduzir o espaço, nas legislações nacionais, para sigilo bancário contra o Fisco.

Num contexto de erosão de bases tributárias e crescente volatilidade de capitais, essas certamente representam medidas importantes para garantir efetividade à fiscalização tributária e combater a evasão, o planejamento tributário

internacional abusivo, a lavagem de dinheiro e mesmo a corrupção.

[...]

Evidentemente, aqui não se pretende ler a letra da Constituição com base nos acordos internacionais. A supremacia da Constituição impõe antes o contrário: submeter os tratados e convenções internacionais ao parâmetro constitucional. O fato é que perceber o contexto econômico em que se insere o tema em deslinde é essencial para compreender o sentido e a importância das disposições impugnadas e também as consequências deste julgamento, inclusive no plano internacional. Ainda a esse respeito, não posso deixar de mencionar, à guisa de ilustração, o Decreto n. 8.506, de 24 de agosto de 2015, que promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014.

O Acordo trata justamente do Intercâmbio de Informações relativas a Tributos e prevê que se envidem esforços mútuos no sentido de assegurar que a troca de informação para fins tributários se dê de maneira automática, de acordo com os termos e procedimentos definidos pelas autoridades competentes dos dois países (BRASIL, 2016, *online*).

Os argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 601.314 parecem indicar que a Corte adotaria entendimento semelhante caso fosse questionada a constitucionalidade do Decreto 8.506 de 2014, mas é preciso destacar que o acordo do FATCA não é materialmente idêntico à Lei Complementar 105. Enquanto esta lei trata de procedimentos específicos para determinados contribuintes, a troca de informações pelo acordo do FATCA é muito mais genérica, e os dados obtidos pelo fisco nacional seriam compartilhados com a autoridade fiscal dos EUA.

Esta peculiaridade dos acordos do FATCA foi o ponto ressaltado no Parecer nº 22/2016 da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNDP) de Portugal, sobre o anteprojeto de Decreto-lei para a regulação complementar de implementação do FATCA naquele país. A CNDP considerou, no caso daquele anteprojeto, ser “claramente excessivo conhecer informação financeira em tão elevada escala de titulares de dados pessoais [...] sem que sejam definidos critérios mínimos (e proporcionais) que indiquem comportamentos fiscais ilícitos, ou que ao menos indiquem situações de risco de tais comportamentos” (PORTUGAL, 2016b, *online*), sendo o anteprojeto inconstitucional por impor uma restrição desproporcional ao direito de privacidade previsto na CRP (PORTUGAL, 2016b).<sup>26</sup>

De fato, os tratados do FATCA e os outros tratados similares de troca automática de informações bancárias, bem como as normas domésticas que os instrumentalizam apresentam um elevado grau de generalidade no acesso às informações bancárias dos contribuintes, no qual não há critérios de acesso relativos a comportamentos ou indícios de práticas de evasão fiscal ou criminosas. Não obstante, não nos parece que haja uma inconstitucionalidade *prima facie* nessas normas.

Em primeiro lugar, entendemos que estas normas atendem aos requisitos de adequação

e necessidade do princípio da proporcionalidade, pois são instrumentos hábeis para que as administrações tributárias tenham acesso a informações sobre transações e movimentações financeiras indispensáveis a uma eficiente e justa auditoria fiscal em tempos de finanças globalizadas, não se vislumbrando outras medidas que pudessem atender a esses fins com menor impacto sobre os direitos constitucionais dos contribuintes.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, é inegável que essas normas impõem uma restrição aos direitos de privacidade e proteção de dados dos contribuintes. Todavia, tais direitos precisam ser sopesados com a garantia de todos os demais direitos que só podem se concretizar com os recursos advindos da tributação. Como destacado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 601.314, é dever do Estado buscar uma justa tributação e um tratamento igualitário dos contribuintes, o que somente poder-se-á realizar com a identificação da renda e da correta mensuração da capacidade contributiva dos cidadãos e das demais pessoas sujeitas à sua jurisdição fiscal. Ademais, as administrações tributárias só teriam acesso a saldos das contas no exterior mantidas por contribuintes com residência fiscal em sua jurisdição, e não a informações detalhadas que pudessem vulnerar por completo o núcleo essencial do direito à privacidade.<sup>27</sup>

A implementação da Ação 12 do Projeto BEPS também nos remete a considerações sobre possíveis colisões com direitos constitucionais. No caso do direito à privacidade (que nos parece ter uma aplicação neste aspecto mais restrita às pessoas físicas), entendemos ser aplicáveis os mesmos argumentos que já expusemos quanto aos tratados do FATCA. A Ação 12 do BEPS, por outro lado, também levanta questões ao direito à livre iniciativa e às liberdades econômicas em geral, previstas no art. 170 da CRFB e no art. 61 da CRP.

No Brasil, problemas jurídico-constitucionais pertinentes à Ação 12 do BEPS permanecem no plano puramente abstrato, já que foi frustrada sua implementação legal no plano doméstico, e o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, quando muito permitiria que o fisco utilizasse a interpretação econômica dos fatos para exigir tributos, em nada se aproximando da imposição de dever aos contribuintes de revelar estratégias de planejamento fiscal.

Na França, norma que implementou a Ação 12 do BEPS (*Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*) foi questionada com sucesso perante a Corte Constitucional daquele país. A referida lei – que impunha às companhias com volume de negócios superior a 750 milhões de Euros divulgar um relatório público país-a-país anualmente – foi questionada judicialmente por um grupo de deputados e senadores que entendiam haver violação do direito constitucional à liberdade de empresa, tendo em vista que em tal relatório haveria informações essenciais pertinentes à estratégia comercial daquelas entidades. Embora a Corte tenha concordado com o argumento do governo francês, no sentido de que a norma atacada atendia ao fim constitucional de lutar contra a evasão tributária e a fraude fiscal, a decisão do Tribunal acatou o pedido dos autores quanto ao dever de as companhias tornarem públicas suas estratégias fiscais, reconhecendo sua inconstitucionalidade

(ANGHILERI, 2016; FRANÇA, 2016).

Por outro lado, conforme anota Dourado (2016, p. 260), “o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já decidiu que não existe um direito ao silêncio relacionado com o cumprimento de obrigações fiscais (caso *Chambaz vs Switzerland*).”

Nota-se, portanto, haver uma real controvérsia (não somente jurídica, mas também de política tributária) envolvendo os novos poderes atribuídos às autoridades fiscais domésticas em razão de tratados internacionais, como o FATCA e o Projeto BEPS. Essas controvérsias provavelmente serão enfrentadas por tribunais dos países que efetivamente adotarem essas medidas. Porém, não podemos perder de vista que uma das chaves para reduzir o abismo fiscal entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e, por decorrência, a enorme disparidade em termos de respeito aos direitos humanos é a “transparência financeira internacional”, implantando-se um sistema de troca automática de informações fiscais em nível internacional, e a “obrigação de empresas multinacionais reportarem vendas, salários e impostos pagos país a país em cada jurisdição em que operarem.” (POGGE; MEHTA, 2016, p. 6). Dessa forma, será preciso desenvolver caminhos para efetivar a transparência fiscal na governança internacional da tributação sem que os direitos de privacidade e livre iniciativa tenham seus núcleos essenciais vulnerados.

A análise efetuada nesta seção indica que não há, a princípio, uma violação de direitos humanos na adoção de medidas tendentes a efetivar tratados voltados a incrementar a transparência fiscal internacional, mas é preciso ter cautela na implementação dessas medidas pelas autoridades tributárias de cada país. Para que os dados pessoais e estratégias fiscais e concorrenciais de pessoas físicas e jurídicas sejam preservados, exigir-se-á um grande esforço para o gerenciamento seguro por parte das autoridades tributárias. Em tempos de complexa segurança da informação digital, este com certeza será um grande desafio, pois vazamentos de dados sigilosos de contribuintes podem caracterizar-se como violação concreta de direitos humanos e fornecer o combustível necessário para reverter os avanços observados nos últimos anos na governança fiscal internacional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios para a construção de sistemas tributários eficientes e justos adquirem novas dimensões na sociedade contemporânea. Além dos tradicionais problemas enfrentados por governos e legisladores ao moldarem a estrutura fiscal do Estado, a globalização e a decorrente mobilidade do capital internacional adicionam novas complexidades que extrapolam a capacidade das entidades estatais de controlar situações que escapam ao paradigma *westfaliano*. Facilitadas pela falta de transparência e de cooperação internacional, bem como pela competição fiscal entre os Estados, a evasão tributária e o planejamento fiscal abusivo ameaçam a capacidade dos Estados de financiarem as prestações do Estado social e efetivarem os direitos humanos, o que, além de comprometer os orçamentos públicos, abala a confiança nos governos e a sua legitimidade democrática para obter mais recursos da sociedade. Esses

efeitos deletérios têm atingido tanto os países considerados desenvolvidos quanto os países em desenvolvimento, muito embora o impacto nestes últimos seja mais intenso.

Surge, portanto, a necessidade de construir-se uma governança global da tributação, por meio da coordenação internacional dos esforços fiscais. Neste cenário, o Direito Tributário Internacional assume novos contornos. Os tratados tributários internacionais, além de abordar questões ligadas à dupla tributação, passam a ter foco nos problemas relacionados à evasão fiscal e ao planejamento tributário agressivo, buscando suprimir a competição fiscal nociva e as práticas de *treaty shopping*, assim como estabelecer sistemas bilaterais e multilaterais de cooperação e troca de informações fiscais.

Neste trabalho, abordamos especificamente dois instrumentos deste paradigma de governança global da tributação – os acordos relativos ao FATCA e à Ação 12 do Projeto BEPS da OECD – que projetam uma nova era em termos de cooperação e transparência fiscal internacional. Pudemos analisar, também, possíveis questionamentos quanto à violação de direitos de privacidade e de livre iniciativa das normas que, nos planos nacionais, procuram implementar tais instrumentos internacionais.

O estudo de casos extraídos de decisões do Supremo Tribunal Federal e do direito comparado indicam que a implementação de tratados internacionais para cooperação e transparência fiscal, embora controversa, não é *prima facie* inconstitucional. Os direitos de privacidade e livre iniciativa precisam ser compatibilizados com a busca da igualdade e da justiça fiscal, que dependem intrinsecamente da precisa identificação e mensuração da capacidade contributiva das pessoas físicas e jurídicas, não se sustentando a hipótese de um direito fundamental à ocultação do patrimônio. Não obstante, o uso desses novos instrumentos impõe maiores responsabilidades às autoridades tributárias, que deverão tomar medidas necessárias à preservação do sigilo das informações bancárias e fiscais dos contribuintes, especialmente nesta era de complexa segurança digital em que vivemos, sob pena de configurar-se, em concreto, uma violação inconstitucional dos direitos de privacidade e livre iniciativa.

## GLOBAL GOVERNANCE OF TAXATION AND THE INTERNATIONAL TREATIES FOR TAX TRANSPARENCY AND COOPERATION

### ABSTRACT

This paper aims to analyze the new instruments of global governance of taxation and the controversy over the possible unconstitutionality of the domestic rules that implement international tax treaties of cooperation and automatic exchange of information. The paper addresses the impacts of globalization on tax systems, pointing out that the mobility of international capital and the absence of efficient and transparent mechanisms for cooperation and exchange of tax information facilitate tax evasion and aggressive tax planning. The isolated and uncoordinated domestic tax systems are not capable of responding adequately to these

undesirable effects, and, therefore, States lose their ability to finance the realization of human rights. In this scenario, a new paradigm of global governance of taxation and International Tax Law emerges, turning its attention to the problems of tax evasion and the erosion of tax bases. Following these premises, this article presents two instruments of global governance of taxation - the FATCA treaties and the Action 12 of the BEPS Project. Finally, we investigate the possible violation of privacy and freedom of enterprise rights due to the implementation of these international instruments in the national legal order, developing an analysis based on precedents of the Federal Supreme Court and comparative law. The paper concludes that the implementation of international treaties for cooperation and fiscal transparency is not *prima facie* unconstitutional, although it generates greater responsibilities for the tax authorities regarding the preservation of taxpayers' rights.

**Keywords:** International Tax Law. Constitutional Law. International Tax Cooperation. Privacy. Freedom of Enterprise.

## GOBERNANZA GLOBAL DE LA TRIBUTACIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE COOPERACIÓN Y TRANSPARENCIA FISCAL

### RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar los nuevos instrumentos de gobernanza global de la tributación y la controversia sobre la posible inconstitucionalidad de las normas domésticas que implementan tratados fiscales internacionales de cooperación e intercambio automático de informaciones. El trabajo aborda los impactos de la globalización sobre los sistemas tributarios, apuntando que la movilidad del capital internacional y la ausencia de mecanismos eficientes y transparentes de cooperación e intercambio de informaciones fiscales facilitan la evasión fiscal y la planificación tributaria agresiva. Sistemas fiscales domésticos aislados y no coordinados no son capaces de presentar una respuesta adecuada a estos efectos no deseados y, en consecuencia, los Estados pierden su capacidad para financiar la efectividad de los derechos humanos. En este escenario, surge un nuevo paradigma de gobernanza global de la tributación y del Derecho Fiscal Internacional, que pone su atención en los problemas de la evasión fiscal y de la erosión de las bases imponibles. A partir de estas premisas, este artículo presenta dos instrumentos de gobernanza global de la tributación – los tratados relativos al FATCA y la Acción 12 del Proyecto BEPS. Por último, se investiga la posible violación de derechos de privacidad y de libre iniciativa en razón de la aplicación de estos instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, efectuándose un análisis a partir de precedentes del Supremo Tribunal Federal y del derecho comparado. Se concluye que la implementación de tratados internacionales para cooperación y transparencia fiscal no es *prima facie* inconstitucional, aunque genera mayores responsabilidades a las autoridades tributarias

en lo que se refiere a la preservación de los derechos de los contribuyentes.

**Palabras clave:** Derecho Fiscal Internacional. Derecho constitucional. Cooperación Fiscal Internacional. Privacidad. Libertad de Iniciativa.

- 
- 1 Deve-se levar em consideração que a expressão Direito Fiscal Internacional pode levar à falsa impressão de que o contribuinte que toma parte em fatos geradores que ocorrem ou se relacionam a dois ou mais países estará sujeito a um corpo único de normas jurídicas que definirão sua obrigação tributária, quando de fato esse contribuinte que realiza operações transfronteiriças estará sujeito e deverá cumprir as normas internas de cada país quanto à repercussão fiscal desses fatos (KERZNER; CHODIKOFF, 2016, p. 32). O Direito Fiscal Internacional, na verdade, cria regras para que esses países possam cooperar entre si, tanto para evitar a dupla tributação quanto para evitar que contribuintes maliciosamente tentem escapar de qualquer tributação, com medidas para evitar o planejamento fiscal agressivo e a fraude fiscal por meio de contas *offshore*.
  - 2 Em linhas gerais, a competição fiscal danosa (*harmful tax competition* ou “*race to the bottom*”), embora não tenha uma definição precisa, costuma referir-se “aos esforços empreendidos por determinados países para alterar o imposto sobre renda de pessoas jurídicas para atrair investidores, rendas ou outros recursos de outros países. Esses esforços podem variar desde a disponibilização de uma baixa tributação da renda das empresas ao tratamento mais favorecido de alguns contribuintes.” (FAULHABER, 2017, *online*).
  - 3 Nota-se que a competição fiscal internacional decorrente da globalização levou a uma redução média da tributação das pessoas jurídicas no âmbito da OECD de 50% (em 1988) para 32% (em 2008); os Estados Unidos, com uma alíquota de 35%, apresentava o patamar mais alto na OECD (AUERBACH; SMETTERS, 2017, p. 1). Com a nova Lei Tributária aprovada recentemente pelo Congresso Norte-americano, sancionada pelo Presidente Donald Trump, esta alíquota caiu para 21%, o que pode levar a uma nova rodada de reduções de tributos para corporações.
  - 4 Nota-se, aliás, conforme Folloni e Yazbek (2013), um acentuado crescimento da carga tributária brasileira a partir da década de 1990.
  - 5 Conforme Evertsson (2016, p. 214), “Isso sugere que, na economia de mercado, não há espaço para o auxílio estatal dado às empresas por meio, por exemplo, de incentivos fiscais. No entanto, a concorrência entre os estados para oferecer auxílio estatal às empresas criou mais elisão fiscal entre as corporações porque elas podem se tornar globais e selecionar os territórios que melhor se adaptem às suas necessidades fiscais.”
  - 6 De qualquer modo, a competição fiscal internacional sempre provocará uma “interdependência fiscal”, ou seja, a política fiscal de um país causará externalidades econômicas em outros (DIETSCH, 2015, p. 36).
  - 7 Nesse caso, ocorreria uma quebra da chamada neutralidade fiscal. A neutralidade fiscal pode ser definida como a situação em que considerações acerca da repercussão tributária não afetam ou pouco afetam as decisões sociais ou econômicas (MESSERE, 1993). Conforme Machado e Costa (2016, p. 156), a neutralidade econômica fiscal deve ser entendida de forma tríplice, como neutralidade de exportação de capitais, neutralidade de importação de capitais e neutralidade nacional.
  - 8 “Enquanto a concorrência fiscal pode ter o mesmo efeito descendente sobre os impostos que a concorrência por clientes tem sobre os preços, a diminuição das receitas fiscais não conduz necessariamente a um aumento do bem-estar.” (FAULHABER, 2017).
  - 9 A autodeterminação fiscal de um país compreende tanto a capacidade de fixar as escolhas relativas ao tamanho de seu orçamento público quanto em relação à distribuição de encargos e benefícios na sociedade (DIETSCH, 2015, p. 35).
  - 10 “A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 19).
  - 11 “O termo ‘paraíso fiscal’ [*tax haven*] não é precisamente definido na literatura do direito fiscal e, geralmente, refere-se a países que são capazes de se financiar sem impostos sobre renda ou com impostos apenas nominais e, algumas vezes, são usados por não-residentes para escapar da tributação em seus países de residência; esse

- termo também pode ser definido de maneira ampla para descrever países que arrecadam receitas significantes de seu imposto de renda, mas seus sistemas tributários oferecem vantagens fiscais para atrair investimentos de outros países.” (PANKIV, 2013, p. 156).
- 12 Conforme Vasconcellos (2012, p. 348), “Os paraísos fiscais são o grande alvo das empresas que desejam efetuar evasão fiscal, em virtude do sigilo bancário, gerando verdadeira economia paralela, fazendo com que a autoridade tributária deixe de arrecadar milhões.”
  - 13 “[W]hen taxpayers see multinational corporations legally avoiding income tax, it undermines voluntary compliance by all taxpayers.” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2017c, *online*).
  - 14 Observe-se que a chamada “interpretação econômica” em Direito Tributário não é uma novidade, que, segundo Jarach (2004, p. 400), remonta à Alemanha de 1919.
  - 15 Vide, conforme Faulhaber (2017), que a distinção entre a elisão internacional (*tax avoidance*) e a competição fiscal (*tax competition*) não é precisa. A elisão seria um esforço dos contribuintes, enquanto a competição se daria entre países; no entanto, uma não existe sem a outra ou sem a colusão entre governos e corporações multinacionais. De forma correlata, medidas que procuram combater a elisão incidem sobre a competição fiscal e vice-versa.
  - 16 Não se pode olvidar, contudo, que há críticas contundentes sobre o FATCA na literatura especializada em direito tributário nos EUA, entre essas críticas, estaria a imprecisão metodológica das premissas que levaram à sua instituição e à preocupação com custos e ineficiência do programa como um todo (vide BYRNES; MUNRO, 2016).
  - 17 Sigla que representa *Internal Revenue Service*, ou equivalente norte-americano à Receita Federal brasileira.
  - 18 Como Grinberg (2016, p. 17) alerta, o FATCA não é propriamente um imposto na fonte, mas um “regime punitivo com a intenção de forçar instituições financeiras estrangeiras a fornecer informações à IRS.”
  - 19 O FATCA foi introduzido no *Internal Revenue Code* de 1986 por meio do *Hiring Incentives to Restore Employments (HIRE) Act* de 2010 (BYRNES; MUNRO, 2016, p. 3).
  - 20 Para uma lista atualizada dos países que celebraram tratados do FATCA, vide Estados Unidos da América (2017). Note-se que a maioria dos países celebraram com os EUA tratados no “modelo 1”. Entre os que celebraram tratados no “modelo 2”, destacam-se Chile, Japão, Suíça e Taiwan (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2017).
  - 21 Para uma descrição mais detalhada das ações do Projeto BEPS, vide Machado e Costa (2016, p. 161-162).
  - 22 Nesse sentido, vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/8/2015, pub. 1-2-2016.
  - 23 Embora neste trabalho tenhamos assumido uma posição no sentido de haver um dever fundamental de pagar os tributos, exigidos de acordo com a Constituição, há, por outro lado, defesas consistentes em sentido contrário. Nessa linha, conferir McGee (2012).
  - 24 Vide, como exemplo, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/9/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020.
  - 25 Vide Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/2/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-198 div. 15-9-2016 pub. 16-9-2016
  - 26 Em suas razões, a CNDP cita o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos C-292/12 e C-594/12, no qual se conclui que, na “Diretiva 2006/24, o legislador da União excedeu os limites impostos pelo respeito do princípio da proporcionalidade à luz dos artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da Carta”, impondo uma desproporcional restrição aos direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, tendo em vista “que a Diretiva 2006/24 abrange de maneira geral todas as pessoas, todos os meios de comunicação eletrônica e todos os dados relativos ao tráfego, não sendo efetuada nenhuma diferenciação, limitação ou exceção em função do objetivo de luta contra as infrações graves”, e, dessa forma, “abrange, em geral, todas as pessoas que utilizam serviços de comunicações eletrônicas, sem que, no entanto, as pessoas cujos dados são conservados se encontrem, ainda que indiretamente, numa situação suscetível de dar lugar a ações penais. Assim, aplica-se

mesmo a pessoas em relação às quais não haja indícios que levem a acreditar que o seu comportamento possa ter umnexo, ainda que indireto ou longínquo, com infrações graves.” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, *online*).

27 Kerzner e Chodikoff (2016, p. 278-280) relatam um interessante caso levado à Corte Federal no Canadá, questionando o acordo de troca de informações celebrado por aquele país com os EUA. O tribunal canadense, apesar de achar que o objeto do tratado potencialmente poderia ser um processo custoso e desnecessário, não o considerou inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

- ANGHILERI, Davide. **France: public county-by-country reporting declared unconstitutional**. 2016. Disponível em: <<https://mnetax.com/france-public-county-country-reporting-declared-unconstitutional-18524>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- AUERBACH, Alan J.; SMETTERS, Kent. Tax reform in a changing economy. In: AUERBACH, Alan J.; SMETTERS, Kent (Org.). **The economics of tax policy**. New York City: Oxford University Press, 2017. p. 1-12.
- AVI-YONAH, Reuven. Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 7, p. 1573-1676, 2000.
- AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, C. H. Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale (Org.). **Tax treaties: building bridges between law and economics**. Amsterdam: IBFD, 2010. p. 21-50.
- BECK, Ulrich. **What is globalization?** Cambridge: Polity, 2000.
- BECKER, Helmut; WURM, Felix J. Survey. In: BECKER, Helmut; WURM, Felix J. (Org.). **Treaty shopping: an emerging tax issue and its present status in various countries**. Norwell: Kluwer Law, 1988. p. 1-8.
- BENÍTEZ, Gloria Marín. El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS: una visión comparada de los conceptos de abuso de Derecho de la Unión y Derecho español. In: CID, José Manuel Almudí; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras; GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo Andres Hernández (Org.). **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017. p. 85-108.
- BRASIL. Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8506.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8506.htm)>. Acesso em: 5 set. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos 0080 de 2015 à Medida Provisória 685 de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)>

Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP%20685-15.doc>. Acesso em: 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 601.314, de 24 de fevereiro de 2016. Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/2/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. **DJe**, n.198, 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310303477&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310303477&tipoApp=.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BYRNES, William; MUNRO, Robert J. **Lexisnexis® Guide to FATCA Compliance**: chapter 1. SSRN Scholarly Paper. 2016. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2742383>>. Acesso em: 9 set. 2017.

DAVET, Gérard; LHOMME, Fabrice; MICHEL, Serge. « SwissLeaks »: the backstory of a worldwide investigation. **Le Monde.fr**, 2015. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2015/02/08/swissleaks-the-backstory-of-a-worldwide-investigation\\_4572334\\_4862750.html](http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2015/02/08/swissleaks-the-backstory-of-a-worldwide-investigation_4572334_4862750.html)>. Acesso em: 16 jan. 2018.

DIETSCH, Peter. **Catching capital**: the ethics of tax competition. New York: Oxford University Press, 2015.

DOURADO, Ana Paula. **Direito Fiscal**: lições. Coimbra: Almedina, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)**. 2017. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

EVERTSSON, Nubia. Corporate tax avoidance: a crime of globalization. **Crime, Law and Social Change**, v. 66, n. 2, p. 199-216, 2016.

FAULHABER, Lilian V. **The trouble with tax competition**: from practice to theory. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2912477>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

FOLLONI, André; YAZBEK, Cristiano Lisboa. Eficiência Tributária do Estado e Retorno de Bem-Estar à Sociedade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 26-39, 2013.

FRANÇA, Conseil Constitutionnel. **Décision nº 2016-741 DC du 8 décembre 2016**. 2016. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-741-dc/decision-n-2016-741-dc-du-8-decembre-2016.148310.html>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo Andres Hernández. El alcance material y formal del Plan BEPS: viejos conocidos, nuevos amigos y la necesidad de un nuevo enfoque. In: CID, José Manuel Almudí; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo Andres Hernández (Org.). **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017. p. 37-66.

GRINBERG, Itai. The battle over taxing *offshore* accounts. **UCLA Law Review**, v. 60, p. 304-383, 2012.

\_\_\_\_\_. Building Institutions for a globalized world: automatic information exchange. In: POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen (Org.). **Global Tax Fairness**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 14-30.

GUPTA, Avinash. The Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). In: GÜNTER, Oliver-Christoph; TÜCHLER, Nicole (Org.). **Exchange of information for tax purposes**. Viena: Linde Verlag, 2013. p. 221-239.

HENKIN, Louis. Constitutional Rights and Human Rights. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 13, n. 3, p. 593-632, 1978.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

JARACH, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

KERZNER, David S.; CHODIKOFF, David W. **International Tax Evasion in the Global Information Age**. Toronto: Irwin Law, 2016.

KOFLER, Georg; PISTONE, Pasquale. General Report. In: KOFLER, Georg; MADURO, Miguel Poiaras; PISTONE, Pasquale (Org.). **Human rights and taxation in Europe and the world**. Amsterdam: IBFD, 2011. p. 3-33.

MACHADO, Jonatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira. **Manual de direito fiscal: perspectiva multinível**. Coimbra: Almedina, 2016.

MCGEE, Robert W. Duty to Whom? In: MCGEE, Robert W. (Org.). **The ethics of tax evasion: perspectives in theory and practice**. New York: Springer, 2012. p. 35-45.

MOTA, Raquel Gonçalves. A cooperação internacional na operacionalização do intercâmbio de informações fiscais. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Org.). **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 167-204.

NABAIS, José Casalta. Da Sustentabilidade do Estado Fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Org.). **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-59.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD, 2015a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD, 2015b. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315371e.pdf?expires=1471269795&id=id&accname=guest&checksum=FD137CEB829EB609CF066B9D603BFDCC>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Active with Brazil**. 2015c. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/Brazil%20brochureWEB.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean 1990-2015**. Paris: OECD Publishing, 2017a. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/revenue-statistics-in-latin-america-and-the-caribbean-2017\\_rev\\_lat\\_car-2017-en-fr](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/revenue-statistics-in-latin-america-and-the-caribbean-2017_rev_lat_car-2017-en-fr)>. Acesso em: 4 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Revenue Statistics - OECD countries: comparative tables**. 2017b. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=REV>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **About the Inclusive Framework on BEPS**. 2017c. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>>. Acesso em: 5 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Inclusive Framework on BEPS Progress report July 2016-June 2017**. 2017d. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-BEPS-progress-report-july-2016-june-2017.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

PANKIV, Marta. Tax Information Exchange Agreements (TIEAS). In: GÜNTER, Oliver-Christoph; TÜCHLER, Nicole (Org.). **Exchange of Information for Tax Purposes**. Viena: Linde Verlag, 2013. p. 153-174.

POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen. Introduction: the moral significance of tax-motivated outflows. In: POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen (Org.). **Global Tax Fairness**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1-13.

PORTUGAL. Decreto do Presidente da República n.º 53/2016. **Diário da República**, n. 150, Série I, 5 ago. 2016a. Disponível em: <<https://dre.pt>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Parecer nº 22/2016 da Comissão Nacional de Protecção de Dados**. 2016b. Disponível em: <[https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40\\_22\\_2016.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_22_2016.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério Das Finanças e da Administração. **Decreto-lei 29/2008, de 25 de Fevereiro**. 2008. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/229553/decreto-lei-29-2008-de-25-de-fevereiro>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

RANZ, Alfredo. Los deberes de revelación de estrategias de planificación fiscal agresiva. In: CID, José Manuel Almudí; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras; GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo Andres Hernández (Org.). **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017. p. 389-398.

RIXEN, Thomas. **The Political Economy of International Tax Governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

SANTOS, António Carlos; PALMA, Clotilde Celorico. Portugal. In: KRISTOFFERSON, Eleonor et al. (Org.). **Tax secrecy and tax transparency: the relevance of confidentiality in tax law- part 1 and 2**. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2013. p. 851-885.

THOM, Michael. **Tax politics and policy**. New York: Routledge, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Acórdão nos processos C-293/12 e C-594/12**. 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=150642&doclang=PT>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

VASCONCELLOS, Stela Márcia Sales. Os paraísos fiscais e a evasão fiscal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 10, n. 14, p. 336-351, 2012.

# A ATIVIDADE LEGISLATIVA E A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA A PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO PRIVADO

*José Wilson Ferreira Lima\**

1 Introdução. 2 Aspectos gerais do crime de abuso de autoridade. 3 Redefinição do crime de abuso de autoridade. 4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o abuso de autoridade. 5 Direitos fundamentais: entre a essencialidade e o pragmatismo. 6 Interpretação e retórica no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616-RO. 7 Conclusão. Referências.

## RESUMO

O artigo desenvolve análise crítica em torno da sistematização sobre a adequada interpretação do crime de abuso de autoridade decorrente da violação de domicílio, do qual resulte prisão de pessoas e/ou apreensão de bens e objetos relacionados, em tese, com a prática de infrações penais. A abordagem coloca no centro da discussão a análise de conteúdo retórico de normas jurídicas criadas com a pretensão de garantir a satisfação plena de direitos fundamentais individuais em confronto com a política de combate à criminalidade, destacando-se o conflito de adequação e finalidade entre o PLS n. 85/2017 (Senado), o RE n. 603.616-RO (STF) e a Constituição Federal (CF). O estudo é oportuno e relevante, tendo em vista que contextualiza o atual cenário de indefinições que envolve toda a máquina política e administrativa do Estado brasileiro, quanto à tomada de decisões legislativas no âmbito da política criminal, e o descompasso entre a pretensão garantista dos direitos fundamentais, o controle da atividade policial e a nova definição do crime de abuso de autoridade, colocados como desafios da política legislativa penal.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Interpretação Jurídica. Tese de Repercussão Geral. Proteção do Domicílio Privado.

## 1 INTRODUÇÃO

A interpretação da norma jurídica sempre foi situação desafiadora para todos que se envolveram – e ainda se envolvem – com a tarefa de conhecer e determinar o sentido mais aproximado das palavras que compõem o enunciado da norma, buscando vencer, quase sempre, os limites da literalidade estrita e integrar seus sentidos a partir de acontecimentos e padrões interpretativos próprios de uma época (fator histórico) e de um lugar, segundo os critérios valorativos típicos da localidade e de sua cultura (fatores sociais), lembrando-se de que, na

\* Doutorando em Direito - Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito Constitucional - Instituto Brasiliense de Direito Público. Promotor de Justiça - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. E-mail: <wferreiras-ter@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0002-9996-3485>



“interpretação, sempre está pressuposto algo diretamente dado: um texto” (SAVIGNY, 2001, p. 8). Nesse aspecto, talvez o maior desafio a ser enfrentado no âmbito da política legislativa seja o de produzir leis, claras e objetivas, que favoreçam a satisfação concomitante dos direitos fundamentais individuais e a máxima concretização da segurança pública, assegurando-se, ademais, de que as normas fundamentais, como “grandeza formal”, constituam a unidade na multiplicidade das normas (MÜLLER, 2017, p. 302). A interpretação assume relevância imensurável diante do fenômeno jurídico-social, especialmente devido aos conflitos gerados diante das diferentes racionalidades presentes na formulação e na execução da política, tendo em vista a dualidade dos ambientes que a incorporam: o político e o técnico. Observa-se, com isso, que, em algumas situações, “falta o substrato técnico e as decisões são tomadas sem base suficiente para que possam alcançar resultados eficazes e efetivos. Em outras, tende-se a supervalorizar o papel dos políticos.” (MACHADO; ALVES, 2017, p. 57).

O objetivo deste estudo é desenvolver análise crítica em torno de possível sistematização sobre a interpretação mais adequada do crime de abuso de autoridade decorrente da violação de domicílio, do qual resulte a prisão de pessoas e/ou apreensão de bens e objetos supostamente relacionados com a prática de infrações penais, que possam concorrer em prejuízo dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos na persecução, com gravames, diretos ou indiretos, a direitos, como à liberdade e à inviolabilidade do domicílio. Essa abordagem coloca no centro da discussão a análise de conteúdo retórico de normas jurídicas criadas com a pretensão de garantir a satisfação plena de direitos fundamentais individuais, valendo-se, para tanto, de mecanismos interpretativos que, não raras vezes, ofuscam e até tornam inefetivas essas garantias. Com esse propósito, merece destaque o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 85/2017 que, se convertido em lei, redefinirá o crime de abuso de autoridade (nova tipologia) praticado com violação ao domicílio alheio (BRASIL, 2017a). Pretende-se demonstrar, com o exame do destacado projeto, como a interpretação da futura norma penal incriminadora poderá ter sua compreensão distorcida quando houver interesse em se produzir argumentos que deem suporte a um juízo seguro de culpa, do qual decorrerá a reprovação penal, ou quando esse interesse tiver conteúdo oposto. Nesse contexto, é importante ter em vista que as “palavras e os enunciados constitucionais podem dar margem a diversas significações e a sentidos diametralmente opostos, a depender das circunstâncias fáticas e dos interesses envolvidos.” (ALVES JUNIOR, 2010, p. 133).

Metodologicamente, o estudo se apoiará na exploração teórico-argumentativa especialmente calcada na definição que se pretende atribuir ao crime de abuso de autoridade constante do indicado projeto de lei, que representa a tomada de nova decisão legislativa no âmbito da persecução criminal, assim como nas razões que fundamentaram a tese de repercussão geral adotada no Recurso Extraordinário (RE) n. 603.616-RO, que teve curso e julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), tudo isso contando com o refinamento da doutrina desenvolvida em torno dessa temática.

O estudo é oportuno e relevante, tendo em vista que contextualiza o atual cenário de indefinições que envolve o aparelho político e administrativo do Estado brasileiro, o descompasso entre a pretensão garantista de proteção dos direitos fundamentais e o controle da criminalidade, perspectivado segundo o viés da segurança pública. Para se ter critério objetivo, adota-se como pressuposto de estudo a impessoalidade, isso porque não há qualquer pretensão de abordar ou examinar fatos concretos associados a indivíduos em particular, mas tão somente desenvolver análise valorativa de argumentos quanto à interpretação da norma penal selecionada. É nesse contexto que se instala a problematização do estudo, que consistirá em determinar se há e quais seriam os limites, claros e definidos, para que os agentes públicos integrantes dos órgãos de segurança pública (como policiais federais, civis, militares etc.) decidam quando ingressar no domicílio alheio, à revelia da existência de prévia autorização judicial, diante de suposta situação de flagrante delito, que justificaria a tomada de tal decisão, considerando que tal situação deveria ser racionalmente resolvida nas decisões legislativas (leis), atendendo aos seus respectivos critérios valorativos. Nesse contexto, a política legislativa, como canal de normatização de políticas públicas, deve procurar materializar a convergência entre o funcionamento dos órgãos estatais e a formação de seus atores (SUXBERGER; CANÇADO, 2017).

Em torno do objeto de estudo, o Estado brasileiro assumiu nova proposta de “política criminal de crise”, essencialmente voltada para o campo do direito punitivo e, por tal razão, novos esforços argumentativos e interpretativos são necessários para a correta e adequada compreensão do direito à inviolabilidade do domicílio, de modo a se preservarem os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Nesse aspecto, compete ao intérprete o dever de analisar a norma, buscando conhecer seu conteúdo e sentido, sabendo-se que a interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei (SAVIGNY, 2001, p. 9), sem se descuidar de sopesar e considerar que “a política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do Direito Penal, encontra-se fora do âmbito do jurídico.” (ROXIN, 2002, p. 12). Ademais, ao se tratar de crise no contexto da política criminal, deve-se buscar o atendimento mais aproximado das garantias constitucionais e das que emanam do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, de modo que a constatação mais preocupante nesse debate está relacionada com a forma débil ou nula da manifestação das garantias constitucionais mais sensíveis em favor do indivíduo (RUSCONI, 2005). Essa reflexão é atual e também essencial na discussão quanto à aplicação e à incidência dos direitos fundamentais, na medida em que, se estes não forem adequados e suficientemente protegidos, ter-se-á por prejudicado todo o projeto constitucional brasileiro, que se assenta na premissa de formar uma sociedade justa, solidária e regida pelo Estado de Direito.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE

A Lei n. 4.898/1965, que dispõe sobre o crime de abuso de autoridade, tipifica como infração penal a conduta que atenta contra a inviolabilidade do domicílio (art. 3º, “b”), sancionando-a com multa, pena privativa de liberdade, perda do cargo e inabilitação para

o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da aplicação de sanções civis e administrativas (BRASIL, 1965). Para o fim de caracterizar o crime em comento, considera-se autoridade toda pessoa que exerça cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, em caráter efetivo ou transitório, e independentemente de remuneração (art. 5º da Lei n. 4.898/1965). Nesse aspecto, a menção a agentes públicos é abrangente para todos os servidores, mas, por questão de especificidade, atinge diretamente os servidores públicos policiais, de qualquer espécie, tendo em vista a condição de serem eles os responsáveis pela realização da persecução criminal. Para contextualizar o crime em exame, do ponto de vista de sua gravidade, basta considerar que a sanção máxima a ele cominada é de 6 (seis) meses de detenção, o que o classifica como infração de menor potencial ofensivo, em conformidade com o que dispõe o art. 61 da Lei n. 9.099/1995 (BRASIL, 1995). Por essa razão, e ante ao reconhecimento de que se trata de crime de ação pública, o agente público, considerado autoridade conforme definido em lei, que incorrer na descrita infração poderá se beneficiar com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, isto é, poderá se beneficiar com o instituto da Transação Penal (art. 76). Sabidamente, “para qualquer área do conhecimento humano, transação é negociação, é o ajustamento de determinados efeitos ou resultados, implicando renúncia a direitos e aceitação de certas obrigações.” (ZANATTA, 2001, p. 44). Assim, de acordo com a realidade jurídica brasileira, a consequência imediata da transação penal é que ela impede a instauração da ação penal, afastando, com isso, a aplicação da pena privativa de liberdade (finalidade despenalizadora).

Cumprir observar, não obstante, de acordo com a ordem constitucional vigente, que se considera casa o asilo inviolável do indivíduo e, por essa razão, ninguém pode penetrar e/ou nela permanecer, senão com o consentimento do morador, exceto nas hipóteses de: i) flagrante delito, ii) desastre, iii) para prestar socorro, ou, ainda, iv) durante o dia, em cumprimento à determinação judicial (BRASIL, 2016). Percebe-se, então, que, nesse ponto, a Constituição Federal (CF) de 1988 dispôs taxativamente sobre as possibilidades que representam formas autorizadas de violação da intangibilidade do domicílio alheio. Trata-se, portanto, de expressão normativa de envergadura constitucional, que define o direito (à inviolabilidade do domicílio – CF, art. 5º, XI), ao mesmo tempo em que explicita situações concretas diante das quais é possível haver a violação, sem que isso constitua infração penal (BRASIL, 2016). Consequentemente, isso implica uma forma de flexibilização desse direito fundamental, algo correspondente à sua relativização e que, por isso, enseja interpretação restritiva. Nesse contexto, o binômio direito/garantia de que trata o art. 5º, XI, da CF guarda correspondência literal com a norma penal incriminadora já mencionada, disposta no art. 3º, b, da Lei n. 4.898/1965. Todavia, deve-se questionar se entre a norma constitucional e a norma penal destacada existe correspondência sistemática e finalística, numa relação de adequação e de proporcionalidade, admitindo-se que a infração a um direito processual constitucional vincula-se necessariamente ao direito individual de não sofrer, por exemplo, busca e apreensão indevidas, o direito a não produzir provas contra si, o de ser assistido por advogado, o devido processo legal, etc. (DEU, 2014).

Atente-se que a dimensão normativa do crime de abuso de autoridade deveria cumprir a dupla função de resguardar o correspondente direito fundamental atribuído ao indivíduo e estabelecer limites contra a ingerência abusiva da ação estatal, que concorra contra os direitos e as garantias individuais afirmados na CF, respeitando-se a ordem constitucional democrática (ROXIN, 2002). Em acréscimo, não se pode olvidar que a ordem jurídica como um todo, em seu conteúdo constitucional e infraconstitucional, contribuiu para a formação desses direitos, ditos de intervenção, com os quais se torna possível harmonizar a liberdade individual com as necessidades sociais. À luz dessa realidade, cita-se, a exemplo da prática jurisprudencial norte-americana, a “Regra da Exclusão” (*Exclusionary Rule*), que busca prioritariamente impor limites à procura de elementos incriminatórios, preservando determinados direitos constitucionais contemplados em diferentes Emendas da Constituição dos Estados Unidos (DEU, 2014). No Brasil, o regramento legal quanto às provas ilícitas ou proibidas teve como referencial o experimentalismo processual praticado nos Estados Unidos, de modo que aqui foi fixado o princípio geral da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, que tem como consequência a vedação de seu emprego no processo (AMBOS, 2009). Nessa ordem, compreende-se por “provas ilícitas” as que forem produzidas com violação às garantias constitucionais ou conflitarem com as leis de direito material, ao passo que “provas ilegítimas” são as produzidas em desacordo com as leis processuais (AMBOS, 2009).

### 3 REDEFINIÇÃO DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE

Na atualidade, momento em que a Lei n. 4.898/1965 (BRASIL, 1965) conta com mais de meio século de existência e vigência, foi apresentado no Parlamento brasileiro o PLS n. 85/2017 (BRASIL, 2017a), que dispõe sobre o novo regime do crime de abuso de autoridade, o qual se aperfeiçoará mediante a violação do domicílio alheio, com condutas consistentes em invadir ou adentrar, clandestina, astuciosamente e à revelia da vontade do ocupante, o imóvel alheio ou apenas em uma ou algumas de suas dependências, bem como nele permanecer, nas mesmas condições, sem prévia autorização judicial e sem observar os regramentos legalmente estabelecidos. Além dessas condutas, também caracterizarão abuso de autoridade: i) coagir alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso ao imóvel ou às suas dependências, ii) executar mandado de busca e apreensão em imóvel alheio ou em suas dependências, mobilizando veículos, pessoal ou armamento de forma ostensiva e desproporcional, ou de qualquer modo extrapolando os limites da autorização judicial, de modo a expor o investigado à situação vexatória e iii) cumprir busca domiciliar após as 21 horas e antes das 5 horas (BRASIL, 2017a).

Em conformidade com as inovações legislativas propostas, o projeto de lei introduzirá duas variáveis. A primeira, quando a infração for praticada mediante violação de domicílio, será aplicada pena privativa de liberdade, de 1 (um) a 4 (quatro) anos de detenção, e multa, o que permitirá que o agente responsável pela conduta incriminada (violação de domicí-

lio) se beneficie com a suspensão condicional do processo, de que cuida o art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/1995 (BRASIL, 1995). A segunda assegura que não haverá crime quando para o ingresso no domicílio houver “fundados indícios”, que indiquem a necessidade de tal medida em razão de situação de flagrante delito ou de desastre (art. 22, § 2º, PLS n. 85/2017) (BRASIL, 2017a). Entretanto, convém observar que a suspensão condicional do processo tem incidência direta sobre o curso da ação penal, uma vez que ela susta o seu prosseguimento logo após o recebimento da peça acusatória (denúncia), conquanto o réu preencha determinados requisitos, aceite e cumpra certas condições durante prazo certo (de 2 a 4 anos), findo o qual restará extinta a punibilidade, desde que o beneficiário não tenha dado causa à revogação do benefício. Trata-se, portanto, de espécie de transação processual, autorizada pela Constituição (art. 98, I, CF) e fundada no denominado “espaço de consenso” (MIRABETE, 1998, p. 151). Mas, em princípio, não parece meritório abrir-se discussão mais intensa sobre as hipóteses de violação de domicílio, quando se tem o objetivo de prestação de socorro ou mesmo para atender à ocorrência de desastre. Todavia, a mesma tranquilidade não se terá se o ingresso de agentes públicos no imóvel alheio tiver como pressuposto o flagrante delito, caso em que, concorrentemente, vários direitos individuais fundamentais podem ser violados, como a própria invulnerabilidade do domicílio, a liberdade, a privacidade e a intimidade das pessoas que se encontrarem presentes, sejam elas residentes ou não no local da diligência. Desse modo, se o novo projeto excepciona formas de caracterização do crime, tal como definido pela CF de 1988, essa discussão poderia parecer desnecessária. Mas, a se exigir que o ingresso no imóvel alheio, nos casos de flagrante delito, seja circunstanciado, isto é, que haja “fundados indícios” que justifiquem e autorizem a concretização dessa medida, quando não se tem prévia ordem judicial, poderão surgir algumas complexidades, as quais darão margem para vasto campo de possibilidades interpretativas, que não podem ser ignoradas ante a imensurável capacidade humana de fazer ajustes de oportunidades, atendendo-se às necessidades ocasionais que a situação concretamente exigir e às conveniências individuais estratégicas.

Percebe-se, enfim, que, tanto na atual definição do crime de abuso de autoridade, como na contida no PLS n. 85/2017 (BRASIL, 2017a), o legislador criou, estrategicamente, mecanismos despenalizadores, isto é, abriu a possibilidade para que os agentes públicos, a quem se atribua a violação criminosa do domicílio alheio, possam se beneficiar com medidas diversas da privação de liberdade, pois, como visto, pela atual definição desse crime, o infrator, em geral servidor público integrante dos órgãos de segurança pública, poderá se beneficiar com a transação penal, ao passo que, em relação ao novo crime proposto, poderá se beneficiar com a suspensão condicional do processo. Nesse contexto, e em conformidade com a orientação doutrinária, entende-se por despenalização o ato ou a medida de diminuir a pena atribuída a uma infração penal sem descriminalizá-la, isto é, sem retirar de sua essência o caráter de ilícito penal. Desse modo, são exemplos de medidas despenalizadoras: a prisão de fim de semana, a prestação de serviços de utilidade pública, a multa reparatória, a indenização à vítima, a prisão

domiciliar, a inabilitação, a diminuição do salário e todas as medidas de cunho reeducativo previstas nos sistemas penais-punitivos. Com efeito, a adoção de medidas despenalizadoras justifica-se a partir do reconhecimento de que, às vezes, é “conveniente manter a ilicitude do fato, eliminando-se somente a pena, evitando um possível excesso da conduta nessas áreas e ratificando a suposta tarefa de docência moral da legislação.” (CERVINI, 2002, p. 85). Nessa medida, além de não se ter, com clareza e objetividade, parâmetros com os quais se possa interpretar a expressão “fundados indícios”, como elemento justificante da decisão de ingresso no imóvel alheio, perde-se a noção da gravidade e do valor que representa o bem jurídico “domicílio” protegido pela norma constitucional, se o agente público responsável pela violação somente tiver que se submeter a medidas despenalizadoras, como a suspensão condicional do processo (situação proposta no projeto) ou a transação penal (situação atual), o que torna evidente a ausência de proporcionalidade entre a construção de normas protetivas de direitos fundamentais e a medida de sancionamento imposta aos agentes públicos causadores de violações a direitos dessa natureza.

Mas, o que parece sintomático e não evidencia explicação lógica minimamente aceitável é que, ao mesmo tempo em que se alcançou pela via da positividade constitucional o estabelecimento de normas protetivas de direitos fundamentais, como expressão máxima do Estado de Direito, que deveriam atuar como mecanismos garantidores da intangibilidade do domicílio privado, tem-se, paradoxalmente, a criminalização de conduta reconhecida como violadora de tal garantia, mas associada a um padrão sancionatório desproporcional e incompatível com a grandeza e o *status* do correspondente direito fundamental. Ou seja, é como se ao mesmo tempo em que se afirma a grandeza do bem jurídico “domicílio” e a sua importância para a satisfação da dignidade humana, não se tenha justa motivação para sancionar o transgressor desse bem jurídico com reprimenda que esteja à altura. Nessa ordem, importa considerar que a “dignidade deve ser desenvolvida como conceito e como prática, numa visão política abrangente.” (VARELLA; SANTOS, 2016, p. 185). A propósito, vale lembrar que o “positivismo, considerado como teoria jurídica, caracteriza-se especialmente por levar para fora do direito as dimensões sociais e políticas.” (ROXIN, 2002, p. 12). Essa leitura se torna evidente e compreensível na medida em que o legislador responde ao crime de abuso de autoridade com a possibilidade de aplicação da transação penal e, ainda, prepara nova lei para dispor sobre esse mesmo crime, mas cuja resposta penal não será substancialmente mais intensa, ante a possibilidade de o agente público violador do domicílio alheio responder por essa infração com o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo. Aliada a essa paradoxal política criminal em gestação, que criminaliza, mas simultaneamente despenaliza, o novo projeto de lei introduzirá no ordenamento jurídico, de forma taxativa e expressa, o argumento segundo o qual caberá ao próprio agente violador do domicílio alheio a decisão sobre a existência de “fundados indícios” com os quais poderá ingressar no imóvel particular, prender pessoas e apreender bens, objetos etc. Nesse sentido, o projeto de lei expressamente dispõe em seu art. 22, § 2º, que “não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro,

ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.” (BRASIL, 2017a, *online*).

Trata-se, indiscutivelmente, de cláusula aberta, que confere amplo poder de decisão franqueado ao agente público, que poderá construir posteriormente, livre e sem nenhuma forma de controle, os “fundados indícios” que justificarão sua decisão. Por conseguinte, é de todo interesse delimitar o significado legal e prático de “indícios” no contexto da teoria da prova. Nessa seara, é oportuno ter claro que a prova indiciária tem fundamento em presunções e indícios, palavras que, na origem, isto é, etimologicamente, guardam entre si o mesmo significado, podendo-se afirmar, para efeitos de prova no processo penal, que apresentam qualidade jurídica aparentemente idêntica. Contudo, “indício”, palavra de raiz latina, corresponde a “apontar” ou “indicar” e tem “valor sugestivo”, isso porque a prova é sugerida por um conjunto de circunstâncias que criam uma conjectura de probabilidade, o que, verdadeiramente, não é prova e não leva ao grau de certeza que se espera no processo penal. Nesse sentido e de acordo, primeiramente, com o art. 239 do CPP, “indício” é a “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.” (BRASIL, 1941, *online*). Mas, quanto a isso, é preciso cautela, sabendo-se que, embora os indícios sejam de grande utilidade como guias na investigação para a busca de provas, impõe-se atenção especialmente contra as insídias dessa espécie probatória, que deve estar devidamente em consonância com o contexto probatório e ainda considerar, escrupulosa e ponderadamente, as razões determinantes da ação investigativa (MALATESTA, 2001). Ademais, o peso da causa penal, bem como o significado e o valor probatório dos mais extensos meios de provas, devem entrar em ponderação com os prejuízos para a justiça do caso, da dilação e da complexidade do processo (DIAS, 2011).

É de rigor que indícios devem ser provados, não se admitindo, em regra, sejam provados por outros indícios, razão pela qual não se qualificam como prova, mas como elementos indicativos, sendo considerados contingentes e inaptos para dar certeza daquilo que objetivam provar (MALATESTA, 2001), lembrando-se, ademais, de que a “prova indiciária é a mais perigosa de todas as provas.” (MESSIAS, 2001, p. 466). Diante de tais considerações, a conclusão mais sensata é a de que o indício não representa prova cabal e definitiva de um fato, senão uma hipótese provável daquilo que se pretende provar.

Devido a isso, os “fundados indícios” de que trata o PLS n. 85/2017 (art. 22, § 2º) devem ser interpretados junto à disciplina sobre os indícios tratada no CPP (art. 239), visto que deverão ser oportunamente provados, não se admitindo argumentos fundados em mera intuição ou “achismos”, por parte do agente público no momento em que decida ingressar no imóvel alheio, onde supostamente esteja ocorrendo crime em situação flagrancial. Entretanto, há um segundo plano de considerações e de perplexidades que exige reflexões, pois se o mencionado PLS n. 85/2017 e o CPP fazem referências expressas aos “fundados indícios”, o mesmo Código, em seu art. 240, § 1º, condiciona que a busca domiciliar seja realizada quando “fundadas razões” a autorizem. Ou seja, diante desse outro dispositivo, caberia questionar se

“fundados indícios” e “fundadas razões” são expressões equivalentes e, se não forem, como se poderá desenvolver uma linha interpretativa para o fim da aplicação racional do direito procedimental voltado para a regulamentação quanto ao ingresso de agentes públicos no domicílio privado, que possa ser mais adequada e próxima do comando constitucional, que busca preservar a inviolabilidade do domicílio.

#### 4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE

Neste tópico, sem operar mudança de rumo, pretende-se fazer breve incursão nos principais aspectos dos debates desenvolvidos no julgamento do RE n. 603.616-RO pelo STF, tendo como principal foco o emprego sistematizado de “fundadas razões” como vetor de orientação para que o agente público – servidor policial, em geral – decida sobre o ingresso no domicílio privado, ante a suposta ocorrência de flagrante delito no interior ou em uma ou algumas dependências do imóvel (BRASIL, 2015b). Antes, porém, convém destacar que o STF havia decidido que “a garantia individual da inviolabilidade domiciliar cede à verificação do interesse público na persecução penal, daí a previsão constitucional acerca da possibilidade de o domicílio ser invadido.” (BRASIL, 2008, p. 248).

No exame do referido RE, a proposta de discussão girou em torno de algumas garantias constitucionais presentes na CF (art. 5º), entre as quais a legalidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais, sem a posse de mandado de busca e apreensão. Para o STF, embora o texto constitucional disponha expressamente sobre a inviolabilidade domiciliar e suas possíveis exceções, a interpretação até então adotada havia se firmado no sentido de que, se dentro da casa estivesse ocorrendo crime permanente, seria possível o ingresso forçado pela polícia, independentemente de autorização judicial, reconhecendo-se que, por definição, nos crimes permanentes, há um interregno entre a sua consumação e o exaurimento. Desse modo, se dentro da residência ou de outro local protegido um crime permanente estiver ocorrendo, haverá situação de flagrante delito. Conseqüentemente, uma vez caracterizada essa situação, torna-se viável o ingresso forçado no domicílio. Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do STF reconhecia que a situação flagrancial inerente ao crime permanente afastaria a inviolabilidade versada no inc. XI do art. 5º da Constituição, tornando lícita a busca domiciliar (BRASIL, 2015c). Contudo, passou-se a entender que essa medida, sem justificativa conforme o Direito, poderá ser arbitrária, uma vez que não é a constatação da situação flagrancial posterior ao ingresso que justifica a medida, o que aponta para o necessário fortalecimento do controle *a posteriori*, exigindo-se dos policiais a demonstração de que a medida somente possa ser adotada diante de “justa causa”, isto é, se houver elementos aptos para caracterizar a suspeita de situação a autorizar o ingresso forçado no domicílio privado. Conseqüentemente, o modelo probatório deverá ser o mesmo previsto para o da busca e da apreensão domiciliar, que exige a demonstração de

“fundadas razões”, conforme previsto no art. 240, § 1º, do CPP (BRASIL, 2015a, p. 14-15).

De plano, como se pode observar, “fundadas razões” é a terminologia empregada pelo CPP (art. 240, § 1º) e é, portanto, importante elemento de interpretação a ser considerado, junto a “fundados indícios”, terminologia empregada na composição do correspondente enunciado normativo de que trata o PLS n. 85/2017 (art. 22, § 2º). Dessa forma, uma vez que o arranjo literal é o primeiro referencial interpretativo para se conhecer o sentido e o alcance da norma (interpretação gramatical), não se pode ignorar que, ao interpretar essas expressões, o intérprete poderá percorrer o mesmo caminho ou caminho diverso, desde que esteja suficientemente preparado para aceitar os possíveis resultados de sua investida, lembrando-se que, enquanto “fundadas razões” é a expressão empregada no vigente CPP e da qual o STF se utilizou em toda a extensão do RE examinado, “fundados indícios” é a expressão adotada pelo legislador para consubstanciar o novo tipo do crime de abuso de autoridade, cuja finalidade é, ao menos em tese, criar espaço de proteção para o domicílio privado contra as investidas criminosas de agentes vinculados ao Poder Público, como categoria de direito objetivo de envergadura constitucional. Diante disso, convém salientar que, no julgamento do destacado RE, o STF estabeleceu a tese de repercussão geral:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em “fundadas razões”, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados (BRASIL, 2015b, p. 62).

Percebe-se que o STF disciplinou a forma como deverá ser realizada a busca domiciliar, além de ter clarificado as responsabilidades do infrator que, antes de ingressar no imóvel, deverá ter sua decisão respaldada em: i) “fundadas razões”, as quais ii) deverão ser devidamente justificadas, posteriormente. Assim colocadas essas premissas, com as quais se busca conferir legalidade ao ato empreendido por agentes integrantes das forças públicas, que violem o domicílio privado sem contar com a “prévia” e “necessária” autorização judicial, impõe-se breve e cuidadosa análise de alguns importantes argumentos expendidos no destacado RE. Como ponto de partida, tem-se que o RE foi manejado com a pretensão de se reconhecer a ilicitude das provas que foram obtidas por servidores policiais, mediante a invasão do domicílio privado, sem que dispusessem de prévio mandado de busca e apreensão. A propósito disso, admitiu-se que abusos podem ocorrer diante da tomada da decisão no sentido de forçar o ingresso na residência alheia, destacando-se que, em regra, são as comunidades em situação de vulnerabilidade social as que estão mais suscetíveis de serem vítimas de formas de ingerências arbitrárias em seus domicílios (BRASIL, 2015b).

Destacou-se, ainda, que o STF havia firmado sua jurisprudência sem nenhuma reserva, uma vez que admitia que servidores policiais poderiam ingressar no domicílio sem dispor de autorização do morador, na hipótese de flagrante por crime permanente e que, se mantida essa tese, ter-se-ia esvaziado o conteúdo da inviolabilidade do domicílio, o que ofenderia, portanto, a Constituição e os demais Tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é

signatário (BRASIL, 2015b). Seguindo nessa linha, reconheceu-se que abusos podem ocorrer tanto no momento de se tomar essa decisão, isto é, a de forçar a entrada no domicílio, como no momento de executar a medida de busca (BRASIL, 2015b). Enfatizou-se que, mesmo a despeito de sua importância, a busca domiciliar exige controle, pois sem isso um policial pode livremente ingressar na residência, realizar buscas e prisões, sem que tenha recebido a prévia e expressa autorização judicial, o que, embora seja um arranjo tradicional no direito nacional, é insatisfatório (BRASIL, 2015b). Nesse ponto, surge o dilema: nessa condição, se o policial decide ingressar no domicílio e obtém êxito em efetuar a prisão de alguém em razão da prática de crime permanente, certamente não será responsabilizado, mesmo diante da circunstância de não ter certeza quanto à ocorrência de flagrante delito, pois evidentemente poderá alegar o estrito cumprimento do dever legal, como tese defensiva. Todavia, com esse modo de agir e de justificar, a garantia da inviolabilidade do domicílio deixaria de existir concretamente, não passando de simples texto desprovido de força e de realização, reconhecendo-se, enfim, que é nessa situação que se encontra o País atualmente (BRASIL, 2015b).

Devido a isso, ao examinar o RE n. 603.616-RO, entendeu-se relevante tornar imperativa uma interpretação evolutiva que não apenas afirme a garantia constitucional da inviolabilidade da casa, mas que também confira amparo aos servidores policiais, oferecendo-lhes segurança e orientação quanto às suas formas de atuação (BRASIL, 2015b). Sobre a interpretação evolutiva, impõe-se ponderar que ela é mera aplicação do direito, repousando nos cânones da *ratio legis*, que é objetiva, e da *ratio legis* atual, para que satisfaça às novas necessidades sem, contudo, mudar-se a lei (FERRARA, 2005). Certamente, o ponto mais sensível a ser considerado nesse debate passa pelo reconhecimento de que a entrada forçada, sem que se tenha prévia justificação respaldada pelo Direito, é arbitrária. Isso implica, portanto, o reconhecimento de que eventual constatação de flagrante delito em momento posterior à invasão do domicílio não justificaria a tomada dessa decisão, consistente diretamente na violação de norma que garante a proteção, não apenas formal, mas, principalmente, material do domicílio privado. Nesse sentido, a constatação meramente casual, intuitiva ou de opinião, quanto à ocorrência de flagrante delito *a posteriori*, não torna lícita nem legítima a violação do domicílio. Dito de outro modo, a “proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.” (BRASIL, 2015b, p. 19). Ou seja:

[...] sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da abordagem do caso concreto devem evidenciar *ex ante* situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu, durante o dia e, mais ainda, à noite, sem permissão e sem mandado de busca e apreensão (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013, p. 562).

Situação análoga também foi, enfática e circunstanciadamente, enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Embora a jurisprudência tenha caminhado no sentido de que as autoridades

podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante-delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, o entendimento merece ser aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se possa perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável (BRASIL, 2017b, p. 11-12).

Desse modo, em razão do *status* constitucional de direito fundamental atribuído ao domicílio privado, com uma série de outros direitos a ele equiparáveis, o Estado de Direito passou a definir critérios, segundos os quais a intangibilidade desses direitos pode, regradamente, ser violada no interesse não de qualquer outro direito, mas apenas de direitos que exijam igual e inadiável proteção. Por assim dizer, se exige o controle judicial permanente das ações policiais, especialmente para que o deslinde das investigações criminais não fique ao livre-arbítrio de servidores que, a pretexto de atuarem segundo os interesses da segurança pública, ajam aniquilando em absoluto os direitos e as liberdades individuais. Nessa medida, o controle judicial, anterior ou posterior, conforme o caso, é indispensável e não deve se limitar a simplesmente cancelar investigações desenvolvidas de forma arbitrária e, em muitas situações, tão criminosamente quanto as supostas condutas particulares a que se destinavam combater (BRASIL, 2015b). Atente-se que, de acordo com considerável conjunto de decisões judiciais, lamentavelmente produzidas em desacordo com os padrões valorativos da Constituição e de Tratados de proteção dos direitos fundamentais, se houver ingresso da força policial no domicílio privado, sem prévia autorização judicial e, nesse caso, se confirmado o estado de flagrante delito, não se exigirá o controle judicial *a posteriori*, ficando, portanto, essa medida dispensada, o que implicará não se exigir explicações das autoridades policiais envolvidas, o que evidentemente constitui grave erro. Em situações como esta, de acordo com o novo entendimento firmado no RE, impõe-se fortalecer o controle judicial *a posteriori*, fazendo com que os agentes públicos envolvidos na diligência demonstrem que suas ações tiveram respaldo em elementos concretos e não apenas intuitivos, ou seja, é preciso demonstrar que dispunham de elementos tangíveis que justificariam o ingresso forçado no imóvel (BRASIL, 2015b).

Justifica-se esse entendimento, na medida em que as chamadas provas ilícitas são proscritas no vigente ordenamento jurídico e, ao lado delas, há um conjunto de outros elementos que não têm força probatória e não servem para justificar qualquer ação policial tomada arbitrariamente, como o são as informações de inteligência policial, as denúncias anônimas, informantes policiais etc. (BRASIL, 2015b). Devido a isso, a prova ilícita, devidamente configurada como tal, é reveladora da tensão presente na tutela de bens essenciais eleitos pela sociedade, que adota o processo penal como meio para a realização do direito punitivo, da liberdade e dos direitos dos cidadãos, a quem se imputa o cometimento de lesões aos bens ditos essenciais (DEU, 2014). Diante desse quadro, que envolve fatos e o próprio regime do Estado de Direito, além de toda a ordem principiológica na qual se assenta a Constituição Federal, a “locução fundadas razões demandará esforço de concretização e interpretação” (BRASIL, 2015b, p. 24), podendo-se estender essa conclusão também em relação aos “fun-

dados indícios”. Some-se a isso que, no curso da apreciação do RE, duas ponderações foram externadas e têm forte carga persuasiva, na medida em que enfatizam a realidade tal como ela efetivamente se concretiza, quase sempre em detrimento dos direitos fundamentais das pessoas socialmente desfavorecidas. A primeira delas destacou a preocupação, justa e atual, de que, em regra, a força policial age de forma arbitrária, pois invade e arrebenta, sobretudo, as residências mais humildes e “depois dá uma justificativa qualquer”, de forma oral na delegacia (BRASIL, 2015b, p. 29). A segunda destacou a falta de razoabilidade que envolve o controle da atividade policial, pois, evidentemente, quando há controle judicial prévio, o juiz apenas autoriza a realização de buscas domiciliares durante o dia e somente o faz se munido de elementos concretos, documentalmente consubstanciados, que o convençam da necessidade de se autorizar tal medida, ao passo que, se a decisão couber ao agente público, este poderá arrombar a casa, ingressar no seu interior, fazer buscas, apreensões e prisões, tudo baseado apenas em sua capacidade intuitiva, à revelia de qualquer ordem ou do regime constitucional, legal ou derivado dos Tratados internacionais (BRASIL, 2015b).

## 5 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE A ESSENCIALIDADE E O PRAGMATISMO

Como se percebe, “fundadas razões” e “fundados indícios” são conceitos vagos, abstratos, que têm aplicação sobre a mesma estrutura normativa e consubstanciam o núcleo de um sistema permissivo, segundo o qual agentes públicos podem ingressar no domicílio alheio. Nesse ponto, não se pode ignorar que princípios como os que resguardam a dignidade humana, a inviolabilidade da casa e a segurança da coletividade, que se condensa sob o regime da manutenção da ordem pública, podem entrar em conflito, sendo importante considerar que há princípios que enunciam uma razão para decidir em determinado sentido, mas também é possível que possam concorrer com outros princípios que deem razões para se decidir de forma contrária (CALSAMIGLIA BLANCAFORT, 1982). Precisamente em razão disso, impõe-se avaliar a tese de repercussão geral construída no RE n. 603.606-RO, a qual passou a admitir a entrada forçada de agentes públicos no domicílio privado, mesmo à noite, sem mandado judicial, desde que a decisão esteja amparada em “fundadas razões”, as quais deverão ser justificadas *a posteriori* e indiquem que, dentro da casa, esteja ocorrendo situação de flagrante delito, sujeitando-se o infrator à responsabilização disciplinar, civil e penal, além da nulidade dos atos praticados, de modo a se determinar o que pode ser admitido como “fundadas razões” e se há limites que as restrinjam.

Tem-se, em primeiro lugar, que “fundadas razões” ou “fundados indícios” não podem receber interpretação tão aberta e pontual, ainda mais se essa tarefa competir ao próprio agente público que decidirá e concretizará a violação do domicílio privado. Nesse passo, a própria limitação da abertura interpretativa já se evidencia como balizamento extremo. Em

segundo, convém lembrar que o princípio da lealdade na obtenção da prova constitui aporte de inquestionável interesse, pois se trata de princípio geral e de origem jurisprudencial, em virtude do qual se incorpora um conceito jurídico indeterminado, permitindo-se “excluir do processo aquelas provas obtidas com a utilização de mecanismos desleais, armadilhas ou estratagemas.” (DEU, 2014, p. 61).

Tem-se o direito à proteção do domicílio como categoria própria de direito fundamental incorporado pela CF em um núcleo muito específico de normas diretamente vinculadas ao indivíduo. Mesmo considerando que os direitos fundamentais possam ser analisados na perspectiva abstrata ou concreta, não se pode ignorar que a relação desses direitos se conecta com outros que asseguram a liberdade individual, nas várias possibilidades em que se possa manifestar. Desse modo, seja pela substância, seja pela estrutura, os direitos fundamentais estão categorizados como emanações de uma concepção de Estado que, no caso brasileiro, é o Estado de Direito (ALEXY, 2006). Nessa ordem, normas que garantem direitos individuais gozam da qualificação de direitos fundamentais (ALEXY, 2006), e, certamente, a manutenção constante e indeclinável do Estado como Estado de Direito, em oposição à figura do Estado de Exceção, é importante limite a ser considerado no amplo espectro de proteção dos direitos fundamentais. Atente-se que o Estado de Direito, como idealização cultural, passou a ser invocado devido à circunstância de se poder distinguir, com clareza e determinação, entre aquilo que o “legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação” (ALEXY, 2006, p. 82), o que pode ser associado ao objeto desta pesquisa e resumido nas seguintes fórmulas propositivas: i) o Estado brasileiro é Estado de Direito; ii) o Estado de Direito resguarda o domicílio privado como bem jurídico inviolável; iii) a inviolabilidade do domicílio privado é relativa; iv) em razão dessa relatividade, admite-se o ingresso de agentes públicos no domicílio privado, inclusive à noite, mesmo sem autorização judicial, se nele estiver ocorrendo flagrante delito; v) considera-se crime de abuso de autoridade a invasão do domicílio sem a observância das formalidades legalmente exigidas; vi) “fundadas razões” ou “fundados indícios” devem ser elementos de convicção concretos e demonstráveis quanto à ocorrência de flagrante delito no interior do domicílio; vii) não se consideram “fundadas razões” ou “fundados indícios” meras opiniões, “achismos” ou intuições, como justificativas para a tomada da decisão que conduzirá à violação do domicílio, quando não se tenha previamente a autorização judicial; viii) “fundadas razões” ou “fundados indícios” são perspectivas subjetivas do agente público, mas devem constituir elementos concretos, demonstráveis e de conhecimento prévio, isto é, em momento anterior ao ingresso no domicílio privado, não se admitindo que esse conhecimento seja posterior à invasão.

Nessa medida, em conformidade com a teoria constitucional, os direitos fundamentais correspondem, essencialmente, aos direitos conferidos ao homem livre, estando associados a uma concepção de direitos absolutos em princípio, mas que podem ser relativizados segundo critérios legais, de onde se extrai que somente a lei poderá limitá-los. Com efeito, é nesse

contexto que a proteção do domicílio foi inserida na Constituição, recebendo conseqüentemente a classificação de direito fundamental de primeira geração ou de liberdade, em uma clara conformação de direito de resistência ou de oposição do indivíduo em face do Estado (BONAVIDES, 2014). Dessa forma, somente à lei caberia definir os termos precisos sobre eventual limitação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, respeitando-se os limites já definidos pela Constituição, e, dentro dessa moldura, garantir que a proteção constitucional ao bem jurídico prevaleça sobre as possibilidades de relativização definidas em lei, que sejam abusivas e extrapolem o núcleo essencial que define a existência do próprio direito.

Não há como negar que os direitos e as garantias individuais catalogados no art. 5º da CF se qualificam como preceitos fundamentais (MENDES, 2007). Sob esse olhar, já se havia definido o crime de abuso de autoridade, praticado mediante violação do domicílio (Lei n. 4.898/1965), ao qual o ordenamento jurídico atribuiu a qualidade de infração de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/1995). Todavia, mais recentemente, o Parlamento brasileiro apresentou nova proposta de definição desse crime (PLS n. 85/2017), ao qual corresponderá a qualificação de infração de médio potencial ofensivo. Assim, de acordo com a técnica legislativa, tanto a lei hoje existente quanto a nova proposta de (re)definição desse fato-tipo, conduz à simples e indiscutível conclusão de que a violação do correspondente bem jurídico por agentes públicos os sujeitarão, tão somente, a medidas despenalizadoras, isto é, à transação penal, quanto ao crime de que cuida a Lei n. 4.898/1965, ou à suspensão condicional do processo quanto ao novo crime de que trata o PLS n. 85/2017, acaso venha a ser convertido em lei.

Ademais, na visão do legislador ordinário, havendo “fundadas razões” ou “fundados indícios”, poder-se-á proceder à busca domiciliar, prender pessoas, apreender objetos, instrumentos etc., mesmo não se tendo, com clareza e exatidão, o sentido e o alcance que se possa atribuir a tais expressões. Note-se que a segurança jurídica, que implica exigência de lei certa, entrou em crise com o moderno Direito Penal, isso porque a tendência do legislador na atualidade é de se expressar de forma pouco clara, verificando-se cada vez mais ambigüidades e imprecisões nos textos legislativos da seara penal (BUSATO; HUAPAYA, 2003).

Nessa mesma linha, Hassemer destacou a tendência de o legislador moderno expressar-se de forma obscura, carregando o peso da decisão que deveria ser sua, cada vez mais, para os ombros alheios (HASSEMER, 2003, p. 18). Mas, além disso, não parece que o legislador tenha conferido ao domicílio privado o valor equivalente àquele conferido a esse bem jurídico segundo o projeto constituinte originário, que lhe assegurou *status* de direito fundamental, podendo-se identificar na atualidade sua proteção insuficiente. Portanto, em termos práticos, caberá ao agente público a decisão sobre ingressar no domicílio privado diante das circunstâncias ocasionais, traduzindo-as como suporte fático “legitimador”, que o autorizará concluir pela ocorrência, ou não, de situação típica de flagrante delito, postergando-se para outro momento a discussão acerca da legalidade de sua decisão. Em outras palavras, o agente público interpretará os fatos e decidirá de ofício, por ato exclusivo, o que não representa medida de acerto ou desacerto, mas de evidente discricionariedade em face de ato relevante e, ao mesmo

tempo, comprometedor, como o é a violação do domicílio à revelia de exaustivo, percuciente, prévio e isento controle judicial.

À luz dessa realidade, argumentou-se não ser possível “que haja uma invasão de domicílio e depois não se encontre nada, e a Polícia simplesmente peça desculpas depois de arrombar a porta do barraco ou da casa de luxo, ou o ingresso num condomínio fechado” (BRASIL, 2015b, p. 45), de modo que, nessa ordem, torna-se absolutamente necessária a adoção de todos os cuidados em face da discricionariedade policial. Nesse contexto:

[...] é de particular importância (re)pensar em que medida o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa uma intervenção restritiva legítima do ponto de vista constitucional e não uma violação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Isso porque a ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental (BRASIL, 2017b, p. 16).

Insistindo-se na irrepreensível advertência lançada no RE, de que, em regra, a força policial age de forma arbitrária, pois invade e arrebenta, sobretudo, as residências mais humildes e depois dá uma justificativa qualquer, de forma oral na delegacia, revelando-se tal comportamento como padrão da violência policial que se pratica no Brasil, impõe-se acrescentar e destacar, não com a pretensão de estigmatização, repulsa injustificada ou por mera demonização da classe policial, mas efetivamente por compromisso didático e propedêutico que, na maioria dos casos de práticas de abusos policiais, atos como a invasão de domicílio são realizados sem a presença de testemunhas imparciais e isentas. Isso ocorre porque, em regra, empregam-se policiais de uma mesma equipe ou de outra, para atuarem como testemunhas dos atos por eles mesmos praticados, do que resulta claro que um policial não testemunhará contra o outro, na medida em que, se assim o fizer, estará depondo contra si, seja porque foi cúmplice do ato abusivo ou violento praticado, seja porque, no mínimo, foi conivente e não impediu a ação criminosa, não amparada pelo Direito, levada a efeito por colega de profissão.

Para citar referência concreta dessa realidade, a *Police Foundation* (Washington, DC), organização privada, sem fins lucrativos, desenvolveu pesquisas acerca do abuso de autoridade pela polícia, que consubstanciaram a publicação intitulada: *The Abuse of Police Authority*, na qual se apurou que é comum que policiais fiquem cegos (*blind eye*) diante da conduta imprópria de outros policiais, de modo que, mesmo quando se trata de delatar graves violações criminais, 6 em 10 policiais deixam de relatar os graves casos de abusos de autoridade perpetrados por outros colegas policiais (WEISBURD, 2001). Nesse contexto, Kyra Moon realizou estudos sobre a incidência da violência policial no Brasil, tendo apurado que os índices são elevados, o que, para ela, é contraditório pelo fato de o País ser um “Estado Democrático”, visto como progressista em Direitos Humanos. Para a pesquisadora, há enorme diferença entre o que as leis de Direitos Humanos representam e a sua implementação. Assim, a título de esclarecimento, Kyra Moon identificou que a violência policial no Brasil reforça a alta prevalência da desigualdade, tanto

que é sistematicamente exercida contra jovens pobres, negros ou mestiços, favelados, e, em boa medida, a polícia tem esses indivíduos como alvo de suas truculências, uma vez que integram o grupo de pessoas marginalizadas e se encaixam no estereótipo criminoso. Ademais, essas vítimas têm medo dos policiais e, conseqüentemente, não os denunciam (MOON, 2009). Nessa ordem, confirmando o raciocínio desenvolvido no RE, de que, em regra, são as comunidades em situação de vulnerabilidade social as que estão mais suscetíveis de serem vítimas das formas de ingerências arbitrárias em seus domicílios, não há espaço para ingenuidades ou hipocrisias em face de casos típicos de invasão policial nos domicílios privados, pois, quando se verifica que não há, verdadeiramente, situação de flagrante delito, apela-se, em regra, para o subterfúgio de “plantar provas incriminadoras”, por exemplo, a falsa “localização” de armas, munições, drogas, instrumentos de crimes e outros objetos que, em razão de suas naturezas, sua posse/detenção configure crime e, conseqüentemente, imponha a prisão de pessoas e a apreensão de tais produtos, assim como a responsabilização criminal em decorrência da malícia e do despreparo moral de servidores policiais, que convertem o poder inerente às suas funções em instrumento de intimidação, de vingança pessoal ou institucional e de favorecimento à corrupção. Essa visão, por certo, consubstanciou o exame do RHC n. 117.159-RJ:

Por que a polícia não buscou um mandado de prisão judicial para invadir a residência do paciente? Não sei. Não sei porque desconheceu a ordem jurídica. Não houve qualquer sinalização de prática criminosa no local, quando se poderia cogitar do flagrante. O que houve foi uma invasão domiciliar, sem ordem judicial, e descobriu-se que, no local, se teria uma arma guardada e, também, tóxico. Entendo que a prova se mostrou ilícita, ante a violência perpetrada pelo aparelho policial (BRASIL, 2013, p. 16).

O Brasil, lamentavelmente, não é referencial positivo quando comparado a outros países no tocante à atuação profissional, ética e controlada, com seriedade e imparcialidade, quanto às ações de policiais corrompidos inseridos nas corporações e nas estruturas administrativas dos órgãos de segurança pública. Para se ter dado comparativo, concreto e conhecido, vale destacar a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação ao direito contra a autoincriminação disposto na 5ª Emenda, acolhido como técnica empregada para atenuar a vulnerabilidade do preso. Com esse entendimento e com o que mais esteve definido quanto ao julgamento do caso (no qual foram discutidos os direitos do réu Ernesto Miranda, que teriam sido violados por ação da polícia), conseqüências reais tiveram imediata incidência no modo de abordagem e na execução de prisões pela polícia, em decorrência de atividade investigativa ou de manutenção da ordem pública.

Esse caso, que ficou conhecido como *Miranda's Rights* (processo oficialmente registrado na Suprema Corte dos Estados Unidos como *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 1966), teve como principal conseqüência a definição de que qualquer pessoa, após ser presa e antes de ser interrogada sobre o crime que lhe fosse atribuído, deveria ser advertida: i) do direito de permanecer em silêncio; ii) de que qualquer declaração sua poderia e seria usada contra ela no tribunal; iii) do direito de consultar advogado e de ter a presença de um enquanto esti-

vesse sendo interrogada; iv) de que, se não pudesse pagar advogado, um lhe seria nomeado para representá-la e v) de que poderia decidir a qualquer momento exercer esses direitos e não responder a quaisquer perguntas ou fazer quaisquer declarações. Por último, feitas essas advertências, a pessoa presa ainda deveria ser inquirida se entendeu os direitos que lhe foram explicados e, se afirmativo, se desejaria falar, renunciando a eles. Obviamente, a atividade interpretativa da Suprema Corte no caso *Miranda v. Arizona* se revelou importante instrumento para a defesa dos direitos individuais, uma vez que, ao se impor contra o Estado em relação ao exercício da persecução penal ou por ocasião de simples abordagens policiais, como atividade própria de manutenção da ordem pública, gerou um mínimo de equilíbrio de forças entre o Estado e o indivíduo (THE SUPREME COURT, 2006).

Entretanto, o ponto fulcral desse caso concreto pode ser resumido na mudança da atuação das corporações policiais, uma vez que quaisquer declarações feitas pelo preso, sem atendimento aos citados direitos, não poderiam ser admitidas como provas na eventualidade de se ajuizar a ação penal. A consequência imediata dessa decisão pode ser definida com a mudança da prática policial, a qual passou a incorporar em sua rotina, como procedimento regular, esclarecimentos às pessoas abordadas quanto aos direitos que passaram a ser conhecidos como *Miranda's Rights*, tanto que, uma vez satisfeitas essas condições, dizia-se que a pessoa presa foi *Mirandized*, o que significa o ato de dar ciência à pessoa presa quanto aos seus direitos, de acordo com a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Miranda v. Arizona*.

Finda-se por dizer que os valores constitucionais estabelecidos não podem sucumbir frente ao simples pragmatismo policial, de modo que fórmulas abertas e expostas a qualquer rumo interpretativo não podem deixar o domicílio privado com as portas escancaradas para o ingresso de forças policiais, atribuindo-se a estas a oportunidade e a ampla discricionariedade sobre o que para elas signifiquem as expressões “fundadas razões” e “fundados indícios”.

## 6 INTERPRETAÇÃO E RETÓRICA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 603.616-RO

Toda liberdade sem limites tem consequências, geralmente, desagradáveis. Assim, a abertura interpretativa conferida pelo STF no julgamento do RE n. 603.616-RO, especialmente pela ausência de definição do sentido e alcance da expressão “fundadas razões”, aplicando-se o mesmo entendimento para a expressão “fundados indícios”, constitui, antes de qualquer outro sentido, que a elas se possa emprestar retrocesso interpretativo, isso porque, preambularmente, se “toda linguagem contém em si um modo ou uma repetição prévia do que é dito” (SCHLEIERMACHER, 2015, p. 12), pode-se igualmente afirmar que a linguagem também favorece aquilo que não foi dito, mas que se pode situar nas entrelinhas. Desse modo, a expressão “fundadas razões” poderá ser interpretada de modo a reforçar a proteção ao domicílio, ajustando-se ao projeto constitucional originário (concepção Garantista), assim

como aproximando-se dele, mas também poderá ser interpretada de forma menos garantista e mais pragmática, favorecendo a atuação policial, mesmo quando esta visar à obtenção de provas com o emprego de mecanismos desleais, armadilhas ou estratagemas (concepção de Lei & Ordem). Mas, o que isso representa? Exemplificativamente, considere a posição de um policial a quem se atribuiu uma investigação criminal, sendo ele comprometido com suas responsabilidades e, em especial, com o fiel cumprimento das leis. Em tais condições, por prudência, ele certamente indagaria, a quem pudesse auxiliá-lo, o que deveria entender por “fundadas razões”, na hipótese de surgir situação que implicasse seu ingresso no domicílio da pessoa investigada e não dispusesse de autorização judicial.

A respeito disso, convém ter como referência que a atividade persecutória é condicionada pela necessidade de produção de provas, cuja busca pela chamada “verdade material” constitui uma das mais evidentes finalidades do processo penal, na medida em que se pauta pela oficialidade na fase investigativa e no correspondente processo penal, em especial em temas relacionados com a investigação e a obtenção de provas e respectivos meios probatórios (DEU, 2014, p. 26). De fato, tal pergunta é relevante e pertinente, na medida em que nem a legislação nem os argumentos expendidos no RE n. 603.606-RO a responderam. Nessa situação, não se tem a fixação de limites para a atuação policial em face dessa expressão, podendo-se falar de fracas evidências ou conjecturas, apenas, mas nada o suficiente que possa autorizar a tomada de decisão consciente e amparada pelo Direito quanto à inviolabilidade do domicílio, na hipótese de não se dispor de autorização judicial. Tratando-se de valores constitucionais, sabe-se que estes são compatíveis com o Estado de Direito, ao passo que meras evidências não o são (MARTINS, 2013a). Nesse aspecto, caberia ao sistema jurídico o ônus de operar a devida aproximação com o sistema social de modo a escutá-lo, empregar os instrumentos necessários e perceber o que politicamente está em jogo (MARTINS, 2013b). Em outras palavras, caberia ao sistema jurídico o ônus de interpretar a norma, visando a conhecê-la em sentido e alcance, além de explicar o significado de seus vocábulos, com o verdadeiro sentido da expressão (MAXIMILIANO, 2011), o que representa fase precedente quanto à aplicação do correspondente Direito, isto é, a transformação da lei abstrata e sua efetiva aplicação ao caso concreto, algo que se relaciona com a regular operabilidade do sistema jurídico. Desse modo, no questionamento feito pelo policial, estaria contida essa preocupação.

Assim sendo, diante do desconhecimento e da justificável preocupação revelados segundo a óptica de um servidor policial cauteloso, confirma-se que a clareza do texto ou de seu sentido não pode estar assegurada em absoluto, embora o possa ser apenas convencionalmente, de maneira a se limitar voluntariamente o contexto no qual “convenha” interpretá-lo (PERELMAN, 2014, p. 142-143). Ademais, a clareza do texto está condicionada, inquestionavelmente, pelas possibilidades de sua interpretação (PERELMAN, 2014). Nesse plano, não se pode ter a ilusão ou a falsa crença de que tudo é conciliável, primeiro porque a infinita complexidade das interpretações explica a impossibilidade de redução de todos os possíveis enunciados, a

exemplo de “fundadas razões” e de “fundados indícios”, proposições cuja probabilidade numérica possa ser determinada (PERELMAN, 2014, p. 138). Em segundo, porque a indefinição da jurisprudência, que segue rumos diferentes de acordo com a qualidade pessoal das partes envolvidas (rememore-se que, em regra, são as comunidades em situação de vulnerabilidade social as que estão mais suscetíveis de serem vítimas de formas de ingerências arbitrárias em seus domicílios), promove a maior das inseguranças jurídicas, na medida em que pode desqualificar e intimidar a atuação de profissionais sérios e comprometidos, mas, ao mesmo tempo, pode igualmente estimular a atuação impune daqueles outros vocacionados e viciados com as facilidades práticas de produção de provas ilícitas, mediante o emprego de meios proscritos e moralmente rejeitados pelo ordenamento jurídico, pois, conforme mencionado, muitas vezes, a força policial age de forma arbitrária, pois invade e arrebenta, sobretudo, as residências mais humildes e depois dá uma justificativa qualquer, de forma oral, na delegacia.

É fácil concluir que, se o policial prudente e cauteloso buscasse amparar-se na orientação contida no RE examinado, nele, não encontraria a resposta à sua indagação sobre o que deveria entender por “fundadas razões”. Assim, devido à falta de sistematização, que se pode atribuir tanto à legislação quanto à jurisprudência, criaram-se espaços de acomodações de discussões em que facilmente se inserem teorizações que buscam solucionar problemas dessa ordem. Duas delas são usualmente invocadas, mas, embora meritórias, são incompatíveis. A primeira delas, a concepção Garantista, firmou-se no pressuposto básico de que, para se intentar a construção de um processo penal funcional e garantidor, há de se perseguir a meta de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com a não menos necessária funcionalidade e eficiência do sistema punitivo (FERNANDES, 2000). A segunda se refere à concepção de Lei & Ordem decorrente do programa “Tolerância Zero”, desenvolvido pela Polícia de Nova York, que adquiriu certa popularidade no cenário internacional, inclusive no Brasil. Essa concepção tem servido de plataforma para discursos políticos e de objeto de estudos relacionados com a segurança pública. Assim, “Tolerância Zero” representa, por um lado, a confirmação de que o Estado pode impor a lei e a ordem, pautando-se em uma manifestação de repúdio firme e intransigente contra a criminalidade. Por outro lado, pode significar o fortalecimento das instituições policiais, mediante o aporte de recursos que favorecerão o combate à criminalidade, como a aquisição de novos equipamentos, a contratação de mais pessoal e até o aprimoramento de ações de planejamento estratégico e operacional. Ocorre, não obstante, que as opções de atuação do Estado marcam o tensionamento contínuo entre as concepções Garantista e de Lei & Ordem, especialmente porque a realidade demonstra a todo tempo que o problema da violência generalizada, visível ante os altos índices de criminalidade, principalmente da urbana, reduz-se a uma questão de polícia, embora, paradoxalmente, tudo isso esteja inserido no regime do Estado de Direito. Afirma-se, diante desse cenário, que “Tolerância Zero” atua “como arma adicional na defesa de políticas de segurança pública”, algo que pode estar associado à configuração de relações sociais excludentes e autoritárias, que estão enraizadas na sociedade brasileira (BELLI, 2000, p. 170). Nesse contexto, não custa lembrar, com amparo

em Eric Hobsbawm, que o mundo atual se encontra repleto de aparelhos policiais e serviços de segurança pública que atuam convencidos de que não é o “Estado de Direito”, mas sim a “Força” e a “Violência”, se necessária, que asseguram a manutenção da ordem pública, independentemente do que digam os governos (HOBSBAWN, 2007, p. 147-148).

Diante do exposto, principalmente em virtude da indefinição sobre o real sentido e alcance das expressões “fundadas razões” e “fundados indícios”, ao adotar-se postura nitidamente garantista, de modo a conferir maior proteção ao domicílio privado, ter-se-á que, para “o reconhecimento do estrito cumprimento do dever legal, será preciso que tanto os meios utilizados quanto o fim perseguido estejam em consonância com o direito” e, devido a isso, “não se pode dizer que se trate de hipótese em que os fins ‘santificam’ os meios” (BRODT, 2011, p. 1). O oposto disso, ao se relegarem as garantias individuais ao plano secundário, preferindo-se a produção de resultados puramente práticos da ação policial, descontrolada e não orientada pelas regras do Direito, corre-se o risco de que produzir provas ilícitas e/ou ilegítimas seja mais vantajoso, mesmo que, com isso, o direito fundamental à proteção do domicílio seja sacrificado e perca toda a sua essencialidade e a razão de positivação. Desse modo, a abertura interpretativa que se pode estabelecer em razão do indeterminismo das expressões “fundadas razões” e “fundados indícios” atua em franca contradição com o discurso constitucionalista moderno, considerando a base da história dos direitos fundamentais que, na origem, foi a história por muitos séculos do absolutismo e mais recentemente dos regimes totalitários e autoritários de várias tendências (MIRANDA, 2018, p. 1-14).

## 7 CONCLUSÃO

A abordagem que coloca no centro da discussão a análise de conteúdo retórico de normas jurídicas criadas e moldadas com a pretensão de garantir a satisfação plena de direitos individuais fundamentais, valendo-se de mecanismos interpretativos, demonstra que se pode ofuscar e até tornar inefetivas estas mesmas garantias, por ser desarrazoado esperar e acreditar que, diante de expressões tão vagas, como “fundadas razões” e “fundados indícios”, o Estado, representado na pessoa do servidor policial, possa transpor a regra que garante a inviolabilidade do domicílio privado e, ainda, respeitar os direitos fundamentais individuais.

O experimentalismo, o pragmatismo e a realidade concretamente conhecidos revelam que não há práticas de autocontenção, de consciência social ou de reconhecimento do Estado de Direito, quando as forças do Estado brasileiro se determinam em invadir o imóvel particular, visando à obtenção de provas e à prisão de pessoas, especialmente quando as partes sobre as quais incidirem a persecução pertencerem às classes sociais desfavorecidas, e suas residências se situarem em ambientes socioeconômicos precários.

É absolutamente incompatível com o Estado de Direito admitir que, ante a exceção do regime de controle judiciário prévio para a concessão de autorização para o ingresso no domicílio, em busca de provas e para a realização de prisões que visem a subsidiar o processo

penal, atribua-se ao servidor policial, de forma pessoal, exclusiva e discricionária, a decisão sobre a invasão do domicílio privado, cumprindo a esse servidor a definição das “fundadas razões” ou dos “fundados indícios” que a legitimam.

A tese firmada no RE n. 603.616-RO, assim como as disposições previstas no art. 240, § 1º, do CPP e no art. 22, § 2º, do PLS n. 85/2017, como genuínas manifestações da soberania estatal, se mantidas como estão, servirão apenas para sedimentar a perspectiva atual de que as instituições anunciam em seus discursos propostas e pretensões de convencimento pautadas nas garantias do Estado de Direito, mas, ao final, suas ações se concretizam em torno do Estado de Exceção, de modo que os chamados direitos fundamentais têm seu campo de efetividade muitíssimo limitado e condicionado.

## THE LEGISLATIVE ACTIVITY AND THE GENERAL REPERCUSSION THESIS FOR THE PROTECTION OF PRIVATE DOMICILE

### ABSTRACT

The article develops a critical analysis about the systematization of the most appropriate interpretation on the crime of abuse of authority arising from the violation of domicile, resulting in arrests and/or seizure of property and objects allegedly related to the practice of criminal offenses. The approach is placed at the center of the discussion, the analysis of the rhetoric content in legal norms created with the aspiration of guaranteeing full satisfaction of individual fundamental rights in opposition to anti-crime policy, highlighting the conflict of adequacy and purpose between the Legislative Project n. 85/2017 (Senate), the Extraordinary Appeal n. 603.616-RO (Federal Supreme Court) and the Federal Constitution. The study is appropriate and relevant, given that it contextualizes the current scenario of uncertainties that involves the entire political and administrative machinery of the Brazilian State regarding legislative decision making in criminal policy, and the mismatch between the pretension of being the guarantor of fundamental rights, the control of police activity and the new definition of the crime of abuse of authority, posed as challenges of the criminal legislative policy.

**Keywords:** Fundamental Rights. Legal Interpretation. General Repercussion Thesis. Protection of Private Domicile.

## LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA Y LA TESIS DE REPERCUSIÓN GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO PRIVADO

### RESUMEN

El presente artículo desarrolla un análisis crítico que envuelve la sistematización sobre la interpretación más adecuada del crimen de abuso de autoridad proveniente del allanamiento

de morada, del que resulte en la prisión de personas y/o en la incautación de bienes y objetos relacionados, en tesis, con la práctica de las infracciones penales. El abordaje pone en centro de discusión el análisis del contenido retórico de las normas jurídicas creadas con la pretensión de garantizar la satisfacción plena de los derechos fundamentales individuales en confronto con la política de combate a la criminalidad, destacándose así el conflicto de adecuación y finalidad entre el Proyecto Legislativo (PLS) n. 85/2017 (Senado), el Recurso Extraordinario (RE) n. 603.616-RO, Supremo Tribunal Federal (STF) y la Constitución Federal (CF). El estudio resulta oportuno y relevante, teniendo en cuenta que se contextualiza en el actual escenario de indefiniciones que envuelve toda la máquina política y administrativa de la Nación Brasileña en relación a la toma de decisiones legislativas en el ámbito de la política criminal, que envuelve la divergencia entre la pretensión garantista de los derechos fundamentales, el control de la actividad policial y la nueva definición del crimen de abuso de autoridad, colocados como desafíos de la política legislativa penal.

**Palabras clave:** Derechos Fundamentales. Interpretación Jurídica. Tesis de Repercusión General. Protección del Domicilio Privado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. **Direitos constitucionais fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.
- AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e exclusão social. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 157-171, nov. 2000. Disponível em: <<http://novosestudos.org.br/v1/contents/view/933>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de Abuso de Autoridade. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº 85, de 2017. Define os crimes de Abuso de Autoridade e dá outras providências. **Senado Federal**, Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.574.681 RS**. Sexta Turma. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado 20/04/2017, p. 1-27. 2017b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=68547748&tipo=91&nreg=201503076023&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. **Boletim**, Brasília, v. 1, n. 6, p. 1-68, dez. 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoInformativoRG&pagina=BoletimdaRepercussaoGeral2015>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 603.616 RO. Relator Min. Gilmar Mendes. **Portal STF**, Rondônia, p. 1-63, 5 nov. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10924027&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20603616>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117.159 RJ. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Fux. **Redir**, p. 1-17, 5 nov. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4953933>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 123.949 SP. Primeira Turma. Relator Min. Marco Aurélio. **Redir**, p. 1-13, 6 out. 2015c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=9823110>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 86.082-6 RS. Segunda Turma. Relatora Min. Ellen Gracie. **DJe**, n. 157, p. 240-250, 22 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=>

542891>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Parâmetros do estrito cumprimento do dever legal**. 2011. p. 1-5. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/par%C3%A2metros-do-estrito-cumprimento-do-dever-legal>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BUSATO, César Paulo; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 22, p. 235-276, 1982.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Coimbra: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MACHADO, Bruno Amaral; ALVES, Reinaldo Rossano. Comunidades epistêmicas e a produção dos decretos de indulto no Brasil. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 50-76, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/download/1465/585>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013a.

\_\_\_\_\_. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013b.

- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Gilmar. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos e deveres fundamentais do Homem**. p. 1-24. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Jorge\\_Miranda.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Jorge_Miranda.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- MOON, Kyra. Police Violence in Brazil. Revisiting Human Rights in Latin America. **Human Rights & Human Welfare**, University of Denver, Denver, p. 116-131, 2009. Disponível em: <<https://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/latinamerica2/digest-human%20rights%20in%20latin%20america%20vol%202.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- MÜLLER, Friedrich. Unidade do ordenamento jurídico. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 298-305, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/download/1412/466>>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUSCONI, Maximiliano A. ¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal? In: BAIGÚN, David et al. (Coord.). **Estudios sobre la justicia penal**: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005. p. 431-448.
- SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 544-562, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/470/358>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Tradução Hebe. A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução Celso Reni Braida. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. Políticas públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública.

**Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 32-58, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/download/1150/456>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

THE SUPREME COURT. **Supreme court history: expanding civil rights**. New York, NY, Thirteen/WNET, dec. 2006. Disponível em: <[http://www.pbs.org/wnet/supreme-court/rights/landmark\\_miranda.html](http://www.pbs.org/wnet/supreme-court/rights/landmark_miranda.html)>. Acesso em: 23 fev. 2018.

VARELLA, Marcelo Dias; SANTOS, Rafael Seixas. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos Direitos Humanos e sua invocação nas decisões do STF e da CIDH. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 171-194, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/download/996/391>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

WEISBURD, David et al. **The abuse of police authority: a national study of police officer's attitudes**. Washington, DC: Police Foundation, 2001. Disponível em: <<https://www.policefoundation.org/wp-content/uploads/2015/06/Weisburd-et-al.-2001-The-Abuse-of-Police-Authority.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

ZANATTA, Aírton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

# ESTRATÉGIAS E MEDIATOS UTILIZADOS PELO TRÁFICO DE DROGAS PARA INTEGRAÇÃO DOS PRESÍDIOS ÀS REDES TERRITORIAIS EXTERNAS: UMA REVISÃO DA LITERATURA

Roberto Magno Reis Netto\*

Clay Anderson Nunes Chagas\*\*

1 Introdução. 2 Marcos teóricos. 3 Método e técnicas. 4 Resultados e discussões. 4.1 Obras analisadas e categorias analíticas. 4.2 Análise quantitativa da literatura. 4.3 Análise qualitativa da literatura. 4.3.1 Estratégia de estabelecimento/manutenção de redes e das relações entre os atores sintagmáticos internos ao cárcere. 4.3.2 Estratégia de estabelecimento/manutenção de redes e relações junto a atores sintagmáticos públicos ou privados externos ao cárcere. 4.3.3 Estratégia de estabelecimento/manutenção de relações e cooptação de atores sintagmáticos do sistema penitenciário. 4.3.4 Estratégia de utilização de mediatos para comunicação a partir do cárcere. 4.3.5 Estratégia de enfrentamento direto de agentes sintagmáticos e atingimento de símbolos vinculados ao poder público. 4.3.6 Estratégia de estabelecimento de redes comerciais internas do tráfico de drogas. 5 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

Este estudo teve como objetivo a realização de uma revisão literária em torno da relação entre droga e cárcere com intuito de identificar as estratégias e os mediatos utilizados pelo tráfico de drogas para a integração dos presídios às redes territoriais externas. Sob um método hermenêutico e dialético, foi proposta a análise de obras selecionadas conforme critérios metodológicos específicos, seguida de uma análise de conteúdo para construção de categorias científico-analíticas. Ao fim, foram identificadas seis espécies de estratégias que, se aplicadas de forma simultânea e intercruzada, garantem o exercício de poderes no mundo externo por agentes territoriais dentro dos presídios.

\* Mestre em segurança Pública pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Processual Civil (UGF/DF), Docência no Ensino Superior (UGF/DF) e Atividade de Inteligência e Gestão do Conhecimento (ESMAC/PA). Bacharel em Direito (UFPA). Professor Universitário e Pesquisador. Oficial de Justiça Avaliador do TJ/PA. E-mail: <bob\_reis\_ufpa@yahoo.com.br>. <http://orcid.org/0000-0002-5076-6149>

\*\* Graduado em Geografia Licenciatura e Bacharelado (UFPA). Mestre em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (UFPA). Doutor em Desenvolvimento Socioambiental (UFPA). Vice-Reitor da Universidade do Estado do Pará, Professor do Programa de Pós Graduação em Geografia e do Programa de Pós Graduação em Segurança Pública pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade do Estado do Pará, atuando no curso de graduação em Geografia. Professor Colaborador no Instituto de Ensino em Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Pará e Professor Colaborador da Universidade de Cabo Verde no Programa de Pós Graduação em Segurança Pública. É associado ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública e do Instituto Histórico Geográfico do Pará. É consultor do Roster pré aprovado para a América Latina do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU) na categoria de Prevenção à Violência. E-mail: <claychagas@yahoo.com.br>. <http://orcid.org/0000-0002-4223-0192>

**Palavras-chave:** Tráfico de Drogas. Cárcere. Estratégias e Mediatos. Revisão de Literatura.

## 1 INTRODUÇÃO

Como uma das atividades mais lucrativas do planeta (CAMPOS, 2014), muito além de uma *ameaça* à ordem jurídica e social, como é apresentado pelos discursos oficiais (D'ELIA FILHO, 2014), o tráfico de drogas se caracteriza como algo comparável a uma *empresa* (CHAGAS, 2014), mesmo que ilegal.

Nos moldes das organizações multinacionais, aliás, o tráfico do século XXI compreende, de um lado, um pouco visível *oligopólio* (que articula funções e lucros em um nível internacional) e, de outro, uma massa de produtores, atravessadores, distribuidores e varejistas que, à semelhança dos trabalhadores formais, compõe a parcela palpável do negócio (RODRIGUES, 2004). Inclusive, por esta visibilidade, estes traficantes de menor porte acabam por constituir os alvos preferenciais da atuação dos órgãos repressores, razão pela qual os crimes de tráfico, há tempos, representam uma das maiores causas de aprisionamento no Brasil e no mundo (RODRIGUES, 2004; D'ELIA FILHO, 2014).

Em todo caso, seja como empresa, seja como conjunto de atores empenhados na busca do lucro da atividade (ARAÚJO, 2012), o tráfico não poupa *estratégias* para burlar e/ou enfrentar a repressão estatal e, dessa forma, manter vivas suas redes territoriais. A adoção dessas formas de *resistência* à dissolução de seus territórios (HAESBAERT, 2014), inclusive, faz com que o tráfico adote estratificações e manifestações diferenciadas em cada país.

No Brasil, especialmente onde a adesão à política de *guerra às drogas* importou na consolidação de mecanismos legislativos criticáveis (RODRIGUES, 2004) e na consagração de uma repressão direcionada, sobretudo, a áreas pobres e estigmatizadas, resultando, assim, em um superencarceramento seletivo (D'ELIA FILHO, 2014) e em uma desterritorialização precária de contingentes populacionais (HAESBAERT, 2014), o combate ao crime ocasionou a adoção de resistências excepcionais por agentes encarcerados, resultando no surgimento de organizações sediadas nos presídios – os *coletivos* ou *fações* (SANTOS, 2007; DIAS, 2013).

Aliás, o sucesso desses grupos, criados sob o intento de luta em prol das condições de vida dos presos – que, inseridos no circuito do tráfico internacional (a partir da década de 1980), voltaram sua atuação à droga (SANTOS, 2007) – residiu, justamente, na qualidade das estratégias adotadas, paralelamente, à ineficiência das escolhas estatais (DIAS, 2013).

E se, atualmente, essas *fações* se encontram disseminadas pelo território nacional (com destaque para sua presença em presídios de toda a federação (MÜLLER, 2017)), é inevitável a conclusão de que elas têm obtido sucesso em integrar as prisões (onde está parte de suas lideranças (DIAS, 2013) às redes territoriais externas de sua principal atividade: o tráfico de drogas.

Nesse contexto, surgiu o questionamento que norteou este trabalho: quais são as *es-*

*tratégias* e os *mediatos* (RAFFESTIN, 1993) apontados na literatura recente utilizados pelo tráfico de drogas para integração dos presídios às redes territoriais externas?

Objetivou-se, diante do problema, a realização de uma revisão de literatura para identificar as referidas estratégias e mediados, na qualidade de uma primeira aproximação sobre o tema, apta a subsidiar estudos subsequentes.

Além disso, almejou-se a superação da análise belicista em torno do tráfico (RODRIGUES, 2004), de modo a permitir a visão das falhas estatais no enfrentamento da espécie, o que, de pronto, justificou as escolhas teóricas esposadas na seção a seguir.

## 2 MARCOS TEÓRICOS

Inicialmente, é prudente afirmar a insuficiência do conceito jurídico-legal de *tráfico de drogas* para a compreensão da complexidade da atividade (ARAÚJO, 2012). Como advertiu Rodrigues (2004), a criação de leis decorrentes da política internacional de *Guerra às Drogas* não adveio de um compromisso sanitário, como afirmava o discurso oficial, senão de uma ação de contenção comercial motivada por interesses econômicos.

Essa política, desde o século XX, além de consolidar o monopólio da manipulação de princípios ativos de substâncias (ditas entorpecentes) nas mãos de grupos farmacêuticos transnacionais (sediados, justamente, nos países líderes do movimento), ainda incentivou a produção bélica necessária à declarada guerra e o direcionamento de esforços em prol de uma política que se constituiu como principal causa dos preços e dos lucros do tráfico de drogas no mundo (CAMPOS, 2014; D'ELIA FILHO, 2014; SAVIANO, 2014; WEIGERT, 2010).

O Brasil, por sua vez, como adepto do bloco liberal, alinhou-se àquela política a partir da década de 1930 (pela assinatura de tratados internacionais e promulgação de normas proibitivas no Código Penal de 1940), mesmo diante da desvinculação desta postura com o contexto histórico do vício no país (CARVALHO, 2016). Nos anos seguintes, deu-se o advento de novas regras esparsas, que, ao fim, resultaram na promulgação da Lei nº 11.343/2006. No entanto, a imprecisão dos dispositivos da *Lei Antidrogas*, a adoção da técnica das *normas penais em branco* (QUEIROZ, 2012) e a *discricionariedade* prática conferida aos órgãos do sistema criminal acabaram por gerar uma forte seletividade penal em sua aplicação concreta (D'ELIA FILHO, 2014), bem como a oposição de argumentos relativos à inconstitucionalidade material daquele diploma (CARVALHO, 2016). É de se dizer, em concordância com Bezerra (2009), que as reputadas incoerências legais apenas se alinham à ausência de uma aplicação organizada de preceitos científico-criminológicos na elaboração do que se poderia chamar de política criminal brasileira.

Por sua vez, a partir de uma análise das condutas que conceituariam a atividade de tráfico de drogas (abstratamente previstas nos artigos 33, 34, 36 e 37 da Lei nº 11.343/2006), pode-se constatar que o legislador tentou englobar na lei (por meio de verbos de significado amplo) a proibição de uma *cadeia de produção e comercialização* de drogas, sem diferenciação

de atores, funções ou níveis de complexidade. É coerente, portanto, a conclusão de D'Elia Filho (2014) de que o que a lei nomina genericamente de *tráfico de drogas*, fora do âmbito jurídico, representa *uma proibição de mercado*, com causas e consequências mais profundas.

Mostrou-se mais prudente, ao passo, buscar uma compreensão do tráfico de drogas como atividade análoga a uma *empresa* (CHAGAS, 2014), a despeito de sua ilegalidade, ou seja, uma prática comercial que se articula em um nível internacional, regional e local, atendendo a questões de demanda-oferta, e que se estratifica e adota estratégias em busca de um lucro, sempre tendo em vista a repressão estatal que lhe é dispensada (RODRIGUES, 2004).

Sobretudo, é uma atividade que ignora as fronteiras políticas dos Estados-Nação, estabelecendo territórios (comerciais) próprios e ações de resistência às investidas que ameacem sua *territorialidade* (RAFFESTIN, 1993), em uma postura classificada por Vilas Boas (2015) como *anisotrópica* (contrária à lógica e ao planejamento estatal).

A partir de um esforço zetético (BITTAR, 2016), tornou-se coerente reinterpretar o *tráfico de drogas* conforme seus aspectos territoriais, momento em que se mostrou pertinente a discussão proposta por Raffestin (1993) diante da ideia de *poder* analisada por Foucault (2015). De acordo com Raffestin (1993), o território se constituiria como produto da interação humana com o espaço (dado originário), por meio de relações de poder (simétricas ou não), em que agentes depositariam suas expectativas, promovendo a construção de *vários territórios* em constante interação (os da política, do mercado, das facções etc.).

Esses *agentes sintagmáticos* (que agem conforme interesses estabelecidos), por sua vez, utilizar-se-iam de *estratégias* (planos de ação que conjugariam diferentes níveis de *energia e informação*) em prol da realização de seus propósitos, valendo-se, para tanto, de diversos *mediatos* (ou seja, de meios) e recursos (*bens apropriáveis* ao uso) para o exercício/consolidação do poder, assim como de ações de *resistência*, se ameaçados em seu território, empenhando-se na preservação daquilo que compreendem *ter* (RAFFESTIN, 1993).

Assim, seriam constituídos *múltiplos territórios*, sobrepostos e em constante interação em um mesmo espaço (RAFFESTIN, 1993), os quais, além de serem *condicionados* pelos agentes, igualmente, em função dos poderes que lhe atravessam e de elementos que os compõem, seriam também *condicionantes* das suas ações (VILAS BOAS, 2015).

Aplicando esta noção para superação da ideia *jurídica* de *território* (tão limitada quanto o conceito *legal* de tráfico de drogas), conclui-se que este, na teoria de Raffestin (1993), não se denotaria somente como uma *zona* (espaço limitado – preponderante na visão estatal), mas, também, como conjunto de *redes* (pontos no espaço que podem interligar-se por meio de *nós* que se conjugam) e como *território simbólico* (permeado por relações de poder que, mesmo diante um agente ausente, propiciaria um vínculo entre este e o espaço, constituindo um território que aquele poderia nominar, mesmo longe, como *seu*) (HAESBAERT, 2014).

Esta teoria é de importante valia para a compreensão dos problemas relativos ao combate ao tráfico no século XXI: a seletiva preocupação dos órgãos de segurança com áreas estigmatizadas (após um histórico processo de segregação socioterritorial) (VOLOCHKO,

2015) acabou por determinar uma atuação preponderantemente *zonal*, que encarcera, em regra, agentes territoriais específicos, mais *visíveis* ao sistema judiciário (D'ELIA FILHO, 2014), enquanto, de outro lado, redes maiores, articuladas em níveis transnacionais, apenas modificariam seus fluxos sem qualquer interrupção de suas ações (RODRIGUES, 2004).

Em linhas mais diretas, constata-se que a atuação policial no Brasil apresenta aspectos fortemente seletivos (D'ELIA FILHO, 2014), inclusive, diretamente vinculados a critérios socioeconômicos e raciais (CUNHA, 2010), que, em relação ao tráfico, atinge somente a *parcela frágil do empreendimento*, notadamente, soldados e pequenos revendedores (embora em alguns poucos casos, emblematicamente noticiados em meios de comunicação, se atinja um ou outro comerciante de *nível mais elevado*, o que não descaracteriza a afirmação).

A remoção dos agentes territoriais, por outro lado, acabaria por gerar somente uma *falsa impressão* de quebra da relação de territorialidade entre o traficante e o território, já que, embora aquele seja, de fato, retirado da *zona* em que se encontrava, não ocorre uma efetiva quebra da *rede e/ou relação simbólica* preestabelecida.

A *Guerra às Drogas*, portanto, ao levar diversos agentes territoriais ao cárcere em uma *desterritorialização precária* (HAESBAERT, 2014), sem maiores preocupações quanto à ressocialização do cidadão (WEIGERT, 2010), apenas desafiou os criminosos à adoção de *estratégias de resistência* e à busca por novas formas de imposição de seu poder em relação ao território originário e ao cárcere. O tráfico de drogas, assim, impôs-se *além das grades* e ampliou o problema do comércio das drogas na atualidade: na mesma medida em que subsiste o controle de atividades externas a partir das cadeias, surgiu, também, um lucrativo comércio interno, demonstrando a vinculação territorial dos presídios ao mundo externo.

Daí a necessidade do estudo em compreender, justamente, as *estratégias* e os *mediatos* utilizados por agentes do tráfico para integração dos presídios às redes externas. Entretanto, para a própria compreensão crítica do fenômeno, afigurou-se necessária a escolha de um método e de um conjunto de procedimentos e técnicas adequadas à revisão crítica então proposta. A exposição destes elementos, por sua vez, foi realizada na seção a seguir.

### 3 MÉTODO E TÉCNICAS

Como primeira aproximação ao tema, o estudo realizou uma revisão da literatura recente a respeito da relação entre tráfico de drogas e presídios. Para tanto, foi necessária a escolha de um método apropriado ao levantamento e à análise crítica dos dados objetivados, haja vista a complexidade do fenômeno.

Mesmo diante da inexistência de estudos especificamente voltados às ações que permitiriam a integração dos presídios às redes externas do tráfico, constatou-se como possível a identificação dessas estratégias em pesquisas (envolvendo a relação cárcere-tráfico) com objetos e objetivos diversos, tornando viável o objetivo inicialmente estabelecido, por intermédio de uma inferência e de um tratamento semiótico daquelas obras (BITTAR, 2016).

O desafio residiu, portanto, na escolha de um conjunto de procedimentos aptos a permitir a seleção de registros encontrados em diferentes propostas, com vistas a subsidiar, ao final, uma classificação em categorias científico-analíticas compreensíveis (BARDIN, 2011).

Considerando, assim, que as fontes da pesquisa (primárias ou secundárias) (FLICK, 2013) representavam uma *visão de mundo* oriunda da *racionalidade* de outros pesquisadores (CRESWELL, 2014), ora por contato presencial, ora por meio de registros oficiais, entrevistas etc., adotou-se, neste estudo, o método *hermenêutico e dialético* (STEIN, 1983; HABERMAS, 1987; MINAYO, 2002) como substrato teórico-metodológico fundante.

Partiu-se da premissa de que a comunicação é a base do conhecimento sensível (HABERMAS, 1987) e, como tal, deve subsidiar o processo científico-analítico, afinal, cada texto, em seu conteúdo, representava uma *comunicação efetiva* havida em diferentes contextos sendo, portanto, cognoscível (MINAYO, 2002).

Contudo, não se tomou a informação como um dado *bruto*. Para revelar a essência das obras, foi necessário compreender que a linguagem sempre é afetada pelo contexto social, econômico, político e histórico em que é emitida, denotando-se como uma *linguagem sistematicamente perturbada* (HABERMAS, 1987) pela dissimetria das relações sociais de poder (FOUCAULT, 2015). Assim, o método pugnou pela sujeição dos dados a um movimento que desvelasse a perturbação linguística e propiciasse uma compreensão do contexto social em que ela se originara, o que, por sua vez, realizou-se por meio da consideração dos aspectos históricos de cada obra, do respeito pela racionalidade dos autores e pela busca de um sentido (intenção) do emissor das mensagens (MINAYO, 2002).

Seguiu-se, após esses cuidados, para uma atividade de *triangulação* (MINAYO, 2005), consistente na uniformização interna dos dados, bem como na confrontação (STEIN, 1983) destes com a teoria fundante do estudo. Assim, foram comparadas (MINAYO, 2005) diferentes *visões*, no sentido de transcender parcialidades teóricas, a fim de atingir o fenômeno buscado: as *estratégias* e os *mediatos* identificados por cada autor, em essência.

Adotou-se, por sua vez, uma abordagem qualitativa (preponderante e com foco no conteúdo de cada obra) e quantitativa (para aferição da predominância de achados, conforme postulados da estatística descritiva).

Assim, na qualidade de revisão de literatura, o estudo promoveu uma *busca seletiva* de trabalhos voltados ao objetivo proposto (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2015), conforme os critérios preestabelecidos a seguir. Primeiramente, procedeu-se ao *planejamento* quanto à coleta (LEITE, 2008):

- a) os trabalhos que tratassem de maneira direta das variáveis: *tráfico de drogas e cárcere* foram selecionados;
- b) para atualidade linguística, um recorte temporal entre os anos de 2011 a 2017 foi estipulado;
- c) a seleção albergou:

- livros (científicos, jornalísticos ou biográficos – nestes dois últimos casos, desde que aprovados por conselho editorial, por questões éticas, de confiabilidade e de validade das amostras) (MARTINS; THEÓPHILO, 2016);
  - artigos, *papers* e trabalhos apresentados em eventos, desde que gratuitamente disponíveis, cuja busca seria efetivada com o auxílio de bases de dados *on-line*, também gratuitas (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2015);
- d) a seleção tomou por base artigos em português, inglês e espanhol.

Assim, desde o mês de maio de 2016, foram realizadas buscas bimestrais em livrarias públicas e privadas do estado do Pará, assim como em livrarias virtuais. Quanto aos demais materiais, o levantamento teve periodicidade mensal, restringindo-se às bases de dados: <[www.scholar.google.com.br](http://www.scholar.google.com.br)> e <[www.scielo.org](http://www.scielo.org)>, conforme os argumentos: “tráfico de drogas e cárcere”; “tráfico de drogas e cadeia”; “tráfico de drogas e prisão”; “tráfico de entorpecentes e cárcere”; “tráfico de entorpecentes e cadeia”; “tráfico de entorpecentes e prisão”; “drogas e cárcere”; “drogas e prisão”; e “drogas e cadeia”.

A cada mês, eliminavam-se as obras repetidas, restando apenas textos recentes, sem olvidar que revisões literárias não necessitam reter *tudo* sobre um tema, até mesmo, pela infinidade de fontes e potencial inacessibilidade relativa aos meios de busca (FLICK, 2013; SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2015). Porém, buscou-se ao máximo a obtenção de dados relevantes, o que, inclusive, importou em uma atualização final dos resultados, em agosto de 2017.

A análise de conteúdo do material coletado (MINAYO, 2002; BARDIN, 2011), por sua vez, se deu conforme as seguintes etapas:

- a) procedeu-se à leitura flutuante dos textos, para identificação das *estratégias* e dos *mediatos* enunciados;
- b) seguiu-se à leitura em profundidade, para a delimitação de *categorias de análise* (BARDIN, 2011) e as *transcrições* dos trechos em que se destacavam os dados perquiridos (o que seguiu a ideia de *enunciado*, ou seja, de *unidade detentora de importante informação ao objeto em estudo* – técnica típica da análise de discurso) (BRANDÃO, 2012), organizando-as em uma tabela de dupla entrada, em que, na horizontal (colunas), foram classificadas as estratégias identificadas e, na vertical, foi inserido o trecho transcrito e as demais informações espaço-temporais.

Para aferição da confiabilidade e validade das amostras, considerando seu caráter qualitativo, o procedimento de busca e seleção, bem como a classificação primária foram submetidos à análise de dois juízes (MARTINS; THEÓPHILO, 2016), detentores de conhecimentos sobre o tema. Ao início, ambos concordaram quanto aos procedimentos de busca e seleção. Mais adiante, no mês de maio de 2017, sugeriram a inclusão de duas obras, além das já albergadas ao tempo – uma delas, recém-lançada (ABREU, 2017; TAVARES, 2016). Ao fim, manifestaram concordância com as amostras nas proporções de 95,03% (juiz 1) e 97,06% (juiz 2) (ou seja, um percentual que, qualitativamente, expressa um considerável grau de concordância e pertinência) (MARTINS; THEÓPHILO, 2016).

Ambos, ainda, foram unânimes quanto à inadequação de 24 transcrições (em uma amostra originária de 1.430 trechos) selecionadas pelo autor (1,67% do total inicial), as quais foram eliminadas da etapa final da análise de conteúdo e da triangulação de dados (respeitando o critério de validade e a confiabilidade em questão).

Finalmente, procedeu-se à triangulação interna dos dados, comparando-se elementos linguísticos para adaptação das categorias analíticas, seguida de uma triangulação com a teoria fundante do estudo (RAFFESTIN, 1993). Os resultados, obtidos conforme tais critérios, encontram-se expostos na seção subsequente.

## 4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

### 4.1 OBRAS ANALISADAS E CATEGORIAS ANALÍTICAS

Ao final dos procedimentos de levantamento, foram selecionadas 138 obras, dentre livros, artigos etc. Destas, 39 foram eliminadas por se encontrarem fora do recorte temporal da pesquisa. Em sede de leitura flutuante, deu-se a eliminação de uma obra que era um romance (sem dados reais); de 20 que não aprofundavam o contexto carcerário; de 26 que, embora trabalhassem aquele contexto, não identificavam qualquer estratégia ou mediato; e, por fim, de duas obras que, embora insinuassem estratégias, não as vinculavam a fatos ou a dados concretos (sendo eliminadas para evitar meras especulações).

Por fim, foram selecionadas 50 obras para o procedimento de análise em profundidade, das quais foram extraídas 1.416 transcrições de fragmentos textuais (enunciados) (BRANDÃO, 2012) expressivos de estratégias e mediatos utilizados pelo tráfico para integração dos presídios às redes territoriais externas, as quais, por conseguinte, foram sujeitas ao procedimento de categorização (BARDIN, 2011).

O estudo havia partido da hipótese de que as estratégias girariam em torno da *corrupção de agentes públicos*, da *utilização de tecnologias* e da *utilização de parentes e associados para traficância*, o que foi superado ao fim da revisão. Encerrados os procedimentos, foram encontradas seis estratégias identificadas a partir da literatura, assim nominadas, após a triangulação de dados: “*estabelecimento/manutenção de redes e relações entre os agentes sintagmáticos internos ao cárcere*”; “*estabelecimento/manutenção de relações e cooptação de agentes do sistema penitenciário*”; “*utilização de mediatos para comunicação a partir do cárcere*”; “*estabelecimento/manutenção de redes e relações junto a agentes sintagmáticos públicos ou privados externos ao cárcere*”; “*estabelecimento de redes comerciais internas do tráfico de drogas*”; e, por fim, “*enfrentamento direto de agentes sintagmáticos e atingimento de símbolos vinculados ao poder público*”.

### 4.2 ANÁLISE QUANTITATIVA DA LITERATURA

Primeiramente, considerando a *relevância* das obras para o estudo, constatou-se que as obras de Dias (2011, 2013, 2014), Dias e Salla (2013) e Dias, Alvarez e Salla (2013),

Amorim (2011, 2015), Abreu (2017) e Varella (2012, 2015, 2017) englobaram 70,99% das transcrições selecionadas (sendo que só da obra da primeira autora, isoladamente ou em coautoria, foram usadas 24,72% das transcrições; da segunda, 22,81%; da terceira, 15,20%; e da última, 8,26%). O dado revela tais obras, portanto, como as mais relevantes ao estudo.

Por conseguinte, levando-se em consideração as categorias já descritas, constatou-se que a estratégia de *estabelecimento/manutenção de redes e relações entre os agentes sintagmáticos internos ao cárcere* concentrou 44,49% das transcrições – importe estatisticamente relevante em relação às demais (p-valor < 0,05) (MARTINS; THEÓPHILO, 2016).

Já a estratégia de *estabelecimento/manutenção de redes e relações junto a agentes sintagmáticos públicos ou privados externos ao cárcere* concentrou 17,66% das transcrições; a de *enfrentamento direto de agentes sintagmáticos e atingimento de símbolos vinculados ao poder público*, 13,63%; a de *utilização de mediatos para comunicação a partir do cárcere*, 10,81%; a de *estabelecimento de redes comerciais internas do tráfico de drogas*, 9,82%; e, finalmente, a de *estabelecimento/manutenção de relações e cooptação de agentes sintagmáticos do sistema penitenciário* concentrou somente 3,60%.

É de se advertir, no entanto, que essas porcentagens não expressam a real prevalência prática das estratégias, senão, a *predominância* (dentro do recorte metodológico realizado) de seu tratamento na literatura analisada.

Quanto à distribuição temporal, constatou-se que 8% das obras selecionadas foram publicadas no ano de 2011; 24%, em 2012; 16%, em 2013; 20%, em 2014; 14%, em 2015; 12%, em 2016; e, por fim, 6%, em 2017. Novamente, não se trata de dado que expresse o crescimento, ou não, do percentual de estudos sobre o tema. As porcentagens apenas demonstram os anos em que se desenvolveram os estudos que mais revelaram, em seu conteúdo, as estratégias ora pesquisadas (conforme os critérios de seleção usados).

### 4.3 ANÁLISE QUALITATIVA DA LITERATURA

A presente subseção se debruçou sobre os aspectos qualitativos a respeito das estratégias e dos mediatos utilizados para a integração dos presídios às redes territoriais externas do tráfico de drogas, em exposição que seguirá as categorias analíticas delineadas acima. Porém, a divisão teve fins meramente didáticos, já que, em termos práticos, as estratégias são empregadas de maneira simultânea, inter cruzando-se (DIAS, 2013) nos jogos de poder firmados entre os agentes territoriais (RAFFESTIN, 1993), de modo a permitir o afloramento da territorialidade do tráfico dentro e fora dos presídios.

Igualmente, deve-se frisar que as referidas estratégias podem ser manejadas de maneira independente (por um agente), por intermédio de *facções* (DIAS, 2013), ou, ainda, por outros criminosos que podem utilizá-las para diversas finalidades. Afinal, sob a hegemonia de coletivos, é normal que outros usem de iguais trunfos para interação com o mundo externo.

#### 4.3.1 Estratégia de estabelecimento/manutenção de redes e das relações entre os atores sintagmáticos internos ao cárcere

A literatura apontou, como uma primeira estratégia adotada para integração dos presídios às redes externas do tráfico, um conjunto de ações que pode ser nominado como *estabelecimento/manutenção de redes e relações entre os agentes sintagmáticos internos ao cárcere*, identificado, inclusive, em estudos estrangeiros, como o de Salazar (2014) – que referiu o uso do cárcere para construção de redes por Pablo Escobar, na Colômbia –, de Campos (2016) e de Saviano (2014), que registraram a associação entre presas (no Peru) e cartéis (no México).

No Brasil, por sua vez, também foi identificada a construção de redes a partir do cárcere (ABREU, 2017), bem como de associações havidas em torno da dominação decorrente da dissimetria das relações de poder nas prisões, como nas *falanges* (embrião das atuais facções), nas quais presos eram obrigados a se associar por força de dívidas de drogas, dentre outros (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015).

O fato é que a desterritorialização (HAESBAERT, 2014) no cárcere, desacompanhada de medidas ressocializadoras (CUNHA, 2010), aproximou diferentes agentes territoriais do tráfico que passaram a representar, uns em relação aos outros, *trunfos de poder* (RAFFESTIN, 1993), na medida em que a proximidade permitiu a construção de redes internas (entre os encarcerados) e externas (a partir dos contatos externos – *nodosidades* – ligados àqueles) (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; SAVIANO, 2014; TEIXEIRA, 2015).

Mas, foi assente que, no Brasil, essa estratégia teve consequências próprias: a gênese das *facções* a partir da agregação (inicialmente voltada à defesa das condições de vida dos presos) de redes de criminosos (sobretudo, traficantes). Foi o apontado por Amorim (2011, 2015) e Saviano (2014), ao tratar do surgimento do Comando Vermelho (CV) no final da década de 1970, no Rio de Janeiro, assim como por Dias (2013) e Dias, Alvarez e Salla (2013), em relação ao Primeiro Comando da Capital (PCC), na década de 1990, no estado de São Paulo.

Esse fenômeno, aliás, teria sido responsável pelo surgimento de outros coletivos *antagônicos* àqueles (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; PIEDADE; CARVALHO, 2015). Dias (2013), inclusive, insinuando que a criação de alguns grupos teria contado com apoio de governos como forma de combater os coletivos em consolidação. Por óbvio, essa multiplicidade de atores gerou tensões em torno das redes e dos produtos (notadamente, a droga), eclodindo em confrontos emblemáticos nas prisões (AMORIM, 2011; 2015; DIAS, 2013).

A associação entre internos, igualmente, teve como dado facilitador as *transferências* de presos, que permitiram que lideranças iniciassem a construção de novas redes (sob forte *apelo ideológico*) junto a outras unidades prisionais (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; GODOY; TORRES, 2017; TEIXEIRA, 2015). Com isso, consolidou-se a *designação de funções de liderança entre internos* do sistema penal, também apontada no âmbito internacional (SAVIANO, 2014, 2015; TELESE, 2011; FORGIONE, 2011; SALAZAR, 2014) e com registros desde meados

do século XX (TELESE, 2011).

No Brasil, desde a fase embrionária das *falanges* (nas quais a associação se dava mais por razões de sobrevivência do que sob uma ideologia) (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015), era comum a reunião de grupos para controle do comércio de drogas e busca de proteção em relação a rivais, sendo a *violência* o principal mediato de ação (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013). Entretanto, com o advento das *facções*, organizadas inicialmente a partir de aspectos hierárquicos *piramidais*, e, atualmente, de *celulares*, como apontou Dias (2013) em relação ao PCC, sob a propagação de uma ideologia de *paz entre os ladrões* (MARQUES, 2014; DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; SAVIANO, 2014; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; FERRO, 2012; VARELLA, 2017), a centralidade das lideranças assumiu um papel diferenciado.

Como funções atuais, destacam-se: a decisão sobre o uso da violência em rebeliões ou no enfrentamento de rivais, bem como por associados externos; a normalização do comportamento dos presos; a presidência do procedimento dos *debates* (tribunais do crime); a divisão dos territórios comerciais (externos e internos) do tráfico, contabilidade e controle das redes; recrutamento de líderes; negociação com o Estado; e, até mesmo, a decisão pelo enfrentamento direto desse último (OLIVEIRA; COSTA, 2012; AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2011, 2013; SILVA, 2013; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; CAPITANI, 2012; TEIXEIRA, 2015; MARQUES, 2014; ABREU, 2017; VARELLA, 2017; BARCELLOS, 2015; SAVIANO, 2014; MALVASI, 2012a; GODOY; TORRES, 2017).

Deve-se frisar que, embora não haja uma definição das razões da centralidade de lideranças nas mãos de agentes territoriais do tráfico no cárcere, autores como Dias (2013) insinuam que os conhecimentos comerciais havidos por esses últimos seriam a razão de tal preferência, sobretudo, após a inserção das *facções* no circuito internacional das drogas.

Além disso, Amorim (2011, 2015), Dias e Salla (2013), Lourenço e Almeida (2013) destacaram que a adoção do *Regime Disciplinar Diferenciado* (RDD), destinado a presos de alta periculosidade, teria sido determinante para aproximar lideranças nacionais, permitindo a criação de novas redes e a disseminação da ideologia das *facções* por diversos Estados da Federação (PIEIDADE; CARVALHO, 2015). Igualmente, o RDD teria sido fundamental à criação de imagens de *experiência* e *poder* em torno de seus presos (DIAS, 2013; MALLART, 2014), atribuindo-lhes um *status* especial no “mundo do crime”, inclusive no seio de instituições destinadas à aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes (MALLART, 2014).

Ainda, a literatura aponta que essa estratégia está ligada a um *recrutamento de presos sob forte disseminação ideológica*. Diante da falha estatal de estabelecimento de instâncias de debate em torno das necessidades dos encarcerados, permitiu-se que suas *demandas* fossem apropriadas pelas organizações criminosas, favorecendo seu prestígio e apoio interno (DIAS, 2013; VARELLA, 2017; DIAS; ALVAREZ; SALLA, 2013; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; MARQUES, 2014; SAVIANO, 2014). Instituiu-se uma *ideologia de paz entre os ladrões*, que, durante o período de consolidação das *facções*, restou imposta por meio da violência,

da segregação de dissidentes para ambientes precários ou outros presídios e pela definição de um ideal de enfrentamento à administração prisional (MARQUES, 2014; DIAS, 2013; TEIXEIRA, 2015).

Porém, como os conflitos causavam turbulências às atividades dos traficantes, a superação das contendas se mostrou necessária para estabilidade das redes já tecidas – especialmente, as do comércio de drogas (VARELLA, 2017; DIAS, 2013).

Instituiu-se, dessa maneira, uma forma geral de *proceder* (DIAS, 2013; VARELLA, 2017; AMORIM, 2011; 2015; MARQUES, 2014), ou seja, um conjunto de regras comportamentais impostas por meio de estatutos que pregavam fidelidade às facções (mesmo aos não associados), que, se desobedecido, ocasionava sanções que não mais englobariam necessariamente a morte, senão, interdições para o comércio de drogas, isolamento, expulsão etc. (DIAS, 2013). E, como mencionado, as sanções seriam precedidas de julgamentos (*os debates*) a cargo de lideranças, como forma de *institucionalização da violência* (DIAS, 2013; ABREU, 2017; MARQUES, 2014; AMORIM, 2011, 2015).

A existência de *elementos simbólicos*, por sua vez, também foi um aspecto destacado na literatura quanto à estratégia em análise, em decorrência do apelo ideológico. À semelhança do observado em relação às máfias internacionais (SMITH, 2015; SAVIANO, 2012, 2014; CAMPOS 2016), os coletivos do tráfico revestiram-se de imagens na narrativa de sua história e em seu recrutamento, com o estabelecimento de *rituais* – envolvendo sangue, imagens, liturgias etc. (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; ABREU, 2017). O simbolismo também foi identificado na aplicação de penalidades (decapitações, mutilações, enforcamento, interdições, banimento etc.), variantes conforme o *status* do apenado no grupo ou fora dele (VARELLA, 2012; DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015).

Quanto ao recrutamento, aliás, constatou-se uma preferência pelo ambiente prisional (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; ABREU, 2017; GODOY; TORRES, 2017; VARELLA, 2017), possivelmente, em razão da referida centralidade das lideranças no cárcere. Para tanto, os elementos *força física e capacidade de violência* deram lugar a qualidades, como *inteligência e capacidade de articulação* (interessantes às atividades do tráfico), acompanhadas de uma verificação da vida pregressa do iniciando e do estabelecimento de meios de controle comportamental dos filiados – como por meio da vinculação a padrinhos (FERRO, 2012; DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; ABREU, 2017; TAVARES, 2016; MARQUES, 2014; TEIXEIRA, 2015).

Esses aspectos ideológicos, segundo a literatura, moldaram a identidade dos internos em torno de uma *ideologia do crime* (MARQUES, 2014), permitindo uma organização, um fluxo de poderes e, sobretudo, uma fidelidade que se mantinha mesmo após transferência para outras unidades ou da saída do cárcere – transformando-os em agentes externos responsáveis pela manutenção da rede com o cárcere, especialmente no que toca ao tráfico (MALLART, 2014; DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; AMORIM, 2011, 2015; ABREU,

2017; MALVASI, 2012a; GODOY; TORRES, 2017).

Mas, como somente a ideologia não seria suficiente para manter a fidelização dos agentes, os grupos se valeram de outro mediato também presente nas organizações internacionais (SAVIANO, 2012; FORGIONE, 2011; SALAZAR, 2014): o *estabelecimento de uma rede assistencial aos internos*. Novamente atuando sobre omissões estatais (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; ABREU, 2017; MALLART, 2014; MALVASI, 2012a; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013), os agentes do tráfico compreenderam que a fidelidade de seus membros também estava ligada a favorecimentos pessoais.

Tanto nas organizações criminosas, quanto nos grupos independentes de traficantes, identificou-se a promoção de clientelismos aos aprisionados, tais como a contratação de advogados, a aquisição de bens de consumo (de alimentos a objetos pessoais, destinados aos associados ou à população em geral), drogas e armas, o financiamento de eventos coletivos – como saraus, jogos de futebol, *shows* etc. – e o pagamento de pensões a familiares de presos – atraentes, sobretudo, aos menos abastados (AMORIM, 2011, 2015; SILVA, 2013; TEIXEIRA, 2015; MARQUES, 2014; GODOY; TORRES, 2017; DIAS, 2013; VARELLA, 2017; ABREU, 2017; MALVASI, 2012a).

Em relação às facções criminosas, inclusive, constatou-se a criação de *caixinhas* (geridas sob cuidadoso controle contábil), financiadas inicialmente pelos presos e, posteriormente, somente por membros em liberdade, que, além dos benefícios referidos, ainda financiavam fugas e resgates, bem como ações criminosas fora do cárcere – numa verdadeira *reinserção social às avessas* (AMORIM, 2011, 2015; ABREU, 2017; VARELLA, 2017; DIAS, 2013; DIAS; SALA, 2013; MALVASI, 2012a; MALLART, 2014).

Além da fidelização do agente (DIAS; SALLA, 2013), garantiu-se o sucesso da *lei do silêncio* (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; ABREU, 2017) – a *Ormeta* (SAVIANO, 2012, 2014; FORGIONE, 2011) – e o convencimento da tomada de sacrifícios pessoais, como a assunção de crimes de terceiros, relativos à posse de drogas ou objetos proibidos (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013; VARELLA, 2017; DIAS; ALVARES; SALLA, 2013).

Essas medidas, somadas aos demais meios descritos, são apontadas como fatores determinantes, também, para a consolidação de uma *capacidade de gestão da violência* (DIAS, 2013; SAVIANO, 2014), presente em presídios ao redor do mundo (FALCONI, 2012; TELESE, 2011; SALAZAR, 2014), mas com diferenças específicas no Brasil.

Se anteriormente à consolidação das facções criminosas, ou, ainda, durante o início de sua expansão, a violência era um mediato assente nas relações de poder, posteriormente, o seu controle e gestão pelas organizações geraram uma estabilidade interessante não só aos associados e à massa carcerária, como, em especial, ao mercado do tráfico, à administração prisional e ao poder público (QUEIROZ, 2016; MALLART, 2014; DIAS, 2011, 2013; DIAS; SALLA, 2013; ANDRADE, 2015; MALVASI, 2012a; SAVIANO, 2014; AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; SILVA, 2013; TEIXEIRA, 2015; MARQUES, 2014; VARELLA, 2017; BARCELLOS, 2015).

Isto, no entanto, não significou a cessação da violência. Houve, ao revés, a sua *racio-*

nalização, para evitar que contendas comuns prejudicassem as estratégias do comércio de drogas interno ou externo (DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013). Assim, em períodos de estabilidade, a violência se restringiu, basicamente, ao enfrentamento estatal e à aplicação de penalidades (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; VARELLA, 2017; ABREU, 2017), de modo que *surtos de violência* ocasionais podem sinalizar conflitos territoriais entre grupos (LUCCA, 2016), como os registrados no início de 2017 em presídios ao redor do país (MÜLLER, 2017).

Essa gestão da violência, inclusive, foi destacada como o motivo do banimento do *crack* de presídios, justamente, em razão das rupturas que o vício e o descontrole poderiam ocasionar em relação aos códigos de conduta estabelecidos (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013, 2014; ANDRADE, 2015; GODOY; TORRES, 2017; ALMEIDA et al., 2013; MALVASI, 2012a; VARELLA, 2017). O mesmo se diz das interdições temporárias de produção e consumo de bebidas artesanais clandestinas – a *Maria Louca* (DIAS, 2014; VARELLA, 2017).

Essas práticas, aliás, são ilustrativas do *uso da droga como trunfo de poder* pelos agentes do tráfico: se o comércio de substâncias ilícitas representa uma estratégia importante ao tráfico, isto se dá porque, muito além de um viés comercial, as redes constituídas entre os presos podem se valer da droga como um instrumento de controle social e de (des)equilíbrio das relações de poder (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; ALMEIDA et al., 2013).

O controle do tráfico ou o poder de interdição de seu comércio é apontado como uma forma de autoridade exercida sobre a população prisional (AMORIM, 2011; 2015; VARELLA, 2015) que pode propiciar um *direcionamento* dos lucros decorrentes da economia prisional para alguns grupos específicos (LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; GODOY; TORRES, 2017), bem como influenciar formas de territorialidade nas cadeias (AMORIM, 2011; 2015; DIAS, 2013; ANDRADE, 2015; FIGUEIRO, 2014; GODOY; TORRES, 2017).

Antes da constituição das facções, como dito, o poder inerente à droga permitia a constituição de exércitos de viciados (AMORIM, 2011, 2015). Mas também era comum a exigência de contrapartidas de natureza sexual (pelo preso ou por parentes) (MARQUES, 2014; ALMEIDA, 2013) ou a assunção de culpa por crimes cometidos por terceiros (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013) como forma de saldar débitos. Posteriormente à hegemonia dos coletivos, no entanto, essas práticas foram proibidas por seus estatutos (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015), que, como apresentado anteriormente, baniram o uso de *crack* das penitenciárias (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013, 2014; ANDRADE, 2015; ALMEIDA et al., 2013; MALVASI, 2012a) e das instituições de internação de adolescentes (MALLART, 2014), a despeito de sua permanência intencional no comércio das ruas (RUI, 2012).

A interdição de bebidas artesanais, repita-se, também se mostrou comum entre facções, como forma de evitar conflitos, ou, simplesmente, de exercer poder sobre as massas (VARELLA, 2017), afinal, não se trata somente de um controle do mercado das drogas, senão de uma manipulação do *impulso consumista* humano (RUI, 2012; VARELLA, 2017).

Organizadas as redes internas, sob uma rígida disciplina, permitiu-se aos agentes do

tráfico uma melhor gestão das demais estratégias a serem tratadas a seguir, que, por sua vez, retroalimentaram as associações internas, garantindo sua permanência e sua solidez (DIAS, 2013).

#### 4.3.2 Estratégia de estabelecimento/manutenção de redes e relações junto a atores sintagmáticos públicos ou privados externos ao cárcere

Por sua vez, o estabelecimento e a manutenção de redes e relações junto a atores sintagmáticos externos, sejam eles públicos ou privados, ilustraram outra estratégia influente na vinculação dos presídios às redes externas.

A tessitura dessas redes, por sua vez, foi atribuída a múltiplos fatores: em primeiro lugar, como dito, com a prisão de um agente sintagmático do tráfico, não se dá, de fato, a quebra da rede originária a que ele pertencia. Muitas vezes, esse agente apenas passa a ser ligado a outras redes dentro do cárcere, criando novas nodosidades com o ambiente externo.

Além disso, a manutenção de tessituras internas, garantida por meio das já relatadas ações de assistência/controle dos agentes do tráfico e da massa carcerária, importou, também, numa fidelização dos agentes reinseridos nas redes externas (SAVIANO, 2014). Ou seja, quando libertados (por vias comuns ou não), os *egressos*, sejam membros batizados das facções, componentes de organizações avulsas, sejam somente agentes territoriais comuns que usufruíram dos benefícios oferecidos, acabariam por assumir funções externas na rede do tráfico, por serem vinculados a essa atividade, por retribuição às medidas assistenciais dispensadas, ou, ainda, em razão da alternativa de *reinserção* na economia que o tráfico representa, após a liberdade (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; BARCELLOS, 2015).

Assim, as redes externas passariam a retroalimentar os fluxos de poder (DIAS, 2013) junto às redes internas, garantindo não só o escoamento de energia e informação do cárcere para o mundo exterior, como, de outro lado, promovendo a alimentação dessas últimas com diversos recursos (drogas, armas, dinheiro etc.). Trata-se de prática constatada, igualmente, no âmbito internacional (SAVIANO, 2015).

A literatura também indicou a mediação dessa estratégia por meio de uma gestão *da violência no âmbito externo, sob auxílio de agentes territoriais em liberdade*. Por meio dela, os internos garantiram a promoção de acertos de contas e, em redes mais eficazes – como das máfias e facções –, a adoção de táticas (violentas) de *expansão territorial*, de *regulação social* da população comum e de membros das facções nos territórios sob seu domínio, assim como a execução concreta de decisões sintagmáticas e de punições tomadas dentro do cárcere (SAVIANO, 2014; AMORIM, 2011, 2015; VARELLA, 2012, 2017; DIAS, 2013; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; CAPITANI, 2012; TEIXEIRA, 2015; DIAS, 2013; MALVASI, 2012a; LUCCA, 2016; TAVARES, 2016; VARELLA, 2017; ABREU, 2017).

Igualmente, o recurso à violência por intermédio de agentes externos foi apontado como meio de viabilizar fugas, resgates e outras formas de enfrentamento direto do poder público – o

que se intercrusa com outra estratégia, tratada à frente (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; ABREU, 2017), reforçando, nesse ciclo, as lideranças e as redes internas.

Contudo, as relações com o mundo externo não são somente marcadas pelo aspecto da violência. A literatura também indicou que os meios assistenciais, ofertados a detentos, também seriam estendidos a parentes e contingentes populacionais ligados aos territórios externos do tráfico. Novamente, trata-se de tática também encontrada no âmbito internacional (SAVIANO, 2015) que foi apontada como de fundamental relevância à expansão das facções no Brasil (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015).

Esse *favorecimento de atores territoriais externos* teve forte adesão junto a comunidades carentes (AMORIM, 2011, 2015; VARELLA, 2017), caracterizando-se por medidas como: custeio de funerais, concessão de pensões, cestas básicas e outros benefícios (remédios, roupas, materiais escolares etc.) a familiares de membros presos ou mortos, empréstimos em dinheiro, custeio de transporte e aluguel de imóveis próximos às cadeias para visitantes, restauração de áreas (não atendidas pelos governos), organização de eventos e/ou sorteios/rifas (cuja arrecadação é destinada ao *caixa* das facções) e, até mesmo, pela oferta de cargos nas organizações para que familiares de membros presos ou mortos mantenham condições materiais das famílias (AMORIM, 2011, 2015; PIKANÇO; LOPES, 2016; DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; MALVASI, 2012a; MALLART, 2014; VARELLA, 2017).

Outra atuação destacada diz respeito à pacificação de conflitos locais, inclusive a pedido da população, o que, muito além de uma medida assistencial, se explica pela necessidade de um território tranquilo (para o comércio de drogas) e sem a presença constante de órgãos policiais ou judiciais (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013).

Com isso, garantiu-se a *lei do silêncio* também nas comunidades externas (TEIXEIRA, 2015). É mais: o clientelismo potencializou outras estratégias (tratadas adiante) como o recrutamento de populares para atividades como a inserção de drogas nas cadeias e fluxo de informação (DIAS, 2013). Alguns autores (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; VARELLA, 2017; LUCCA, 2016), inclusive, insinuaram a participação de visitantes – a princípio, simples vítimas – em rebeliões, caracterizando-os, conforme Dias (2013), como um mediato daquelas ações, portanto, *trunfos populacionais de poder* (RAFFESTIN, 1993).

Mas a lista de favorecidos vai além dos parentes e das comunidades ligadas às redes territoriais do tráfico. A literatura também apontou o envolvimento de instituições privadas e de profissionais liberais, tanto no âmbito nacional, quanto internacional (SAVIANO, 2015), numa simbiose que reforça e aperfeiçoa muitas das ações em debate neste estudo.

Amorim (2011, 2015) destacou relações entre o CV e a Igreja Católica no Rio de Janeiro, que, por meio da Pastoral Carcerária, teria inserido drogas e armas em presídios dominados pela facção. Já Dias (2013) insinuou simbioses entre denominações protestantes e o PCC. As obras também destacaram outros profissionais (pilotos de avião e helicóptero, marítimos, radialistas, jornalistas, ativistas dos direitos humanos etc.) recrutados não só para o exercício de atividades típicas a suas profissões, mas, também, para o transporte de

drogas e armas, participação em fugas e resgates etc. (ABREU, 2017; AMORIM, 2011, 2015; MALLART, 2014).

Muito mais significativo, no entanto, mostrou-se o envolvimento de advogados e escritórios de advocacia junto a atores do tráfico (AMORIM, 2011, 2015). A literatura atribuiu-lhes não só o patrocínio de interesses jurídicos (especialmente, dos encarcerados), como, também, o desempenho de atividades como o estabelecimento de canais de comunicação com o mundo externo, o transporte de recursos, como celulares e drogas, a coordenação de funções administrativas e contábeis, a corrupção de agentes públicos e a coordenação de atentados, resgates e fugas (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; VARELLA, 2017; ABREU, 2017).

Dias (2013), inclusive, destacou que, no PCC, a atuação dos advogados é tão estratégica que foi criada uma *sintonia* (célula especializada) voltada ao seu recrutamento, à coordenação, ao pagamento etc., e, até mesmo, ao custeio dos estudos acadêmicos como contrapartida da realização de serviços para a facção. Também foi salientada a existência de outras sintonias especializadas, voltadas, por exemplo, ao registro dos membros (*sintonia do livro*), com participação de contadores e administradores, numa mostra do aprofundamento das relações dos agentes entre o tráfico e a sociedade civil (DIAS, 2013).

Essa simbiose, como, inclusive, foi observado no âmbito internacional (FORGIONE, 2011; SALAZAR, 2014; SMITH, 2015), acabou por criar tessituras que, cedo ou tarde, também cooptaram agentes territoriais vinculados ao poder público, no âmbito externo ao cárcere.

A literatura destacou que a associação a esses agentes foi fundamental à sobrevivência e à ocultação das redes do tráfico, apontando a corrupção de servidores das Polícias Cíveis e Militar (para ignorar ilícitos, burlar inquéritos e apreensões etc.), das forças armadas (para evitar apreensões etc.), dos servidores e membros do Poder Judiciário e do Ministério Público (para retardar processos, liberar informações privilegiadas, favorecer acusados de diversas formas etc.), aos quais restariam atribuíveis várias modalidades de crimes vinculados à ideia de improbidade (AMORIM, 2011, 2015; TEIXEIRA, 2015; VAN DUN, 2014; CAMPOS, 2016; DIAS, 2013; ABREU, 2017). Adiante, por suas peculiaridades, falar-se-á dos agentes públicos internos ao cárcere.

Embora essas associações sejam comuns a qualquer organização do tráfico (FORGIONE, 2011), mais uma vez, a literatura tem apontado como elementos fundamentais ao sucesso dos agentes territoriais do cárcere no Brasil, justamente, por flexibilizarem *barreiras territoriais* (HAESBAERT, 2014) que deveriam limitar, de várias maneiras, sua atuação.

Como resultado, vê-se que as facções que, ainda no final do século XX, representavam somente uma rede relativa a grupos aprisionados e, num segundo momento, organizações que integravam morros e zonas precarizadas das cidades de São Paulo e Rio de Janeiro (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013), no início deste século XXI, tornaram-se uma grande rede interestadual, cada vez mais complexa, em função dessa estratégia (AMORIM, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; DIAS, 2013).

Atualmente, estudos apontaram que essas redes teriam invadido países vizinhos, na América Latina, em busca de fornecedores de drogas e armas. Assim, identificou-se a atuação de facções brasileiras, coordenadas por lideranças encarceradas, na Colômbia, na Bolívia, na Argentina, no Peru e no Paraguai, além de sua relação com grupos armados, como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), máfias e cartéis internacionais (ABREU, 2017; SILVA, 2013; DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015).

Sob esse caráter transnacional, o exercício de poderes (inclusive, para enfrentamento do poder público) ampliou-se de tal maneira que, como apontou a literatura, os agentes passaram a exercer influência direta sobre o rumo de algumas políticas públicas, numa verdadeira *associação política com o poder público* (SALAZAR, 2014; DIAS 2013).

O primeiro sinal dessa prática, no Brasil, diz respeito à autorização que lideranças concederam, de dentro do cárcere, para que candidatos (e outras autoridades) ingressassem em favelas cariocas (AMORIM, 2011, 2015). Amorim (2011, 2015) destacou, também, que o CV teria representado uma coalisão decisiva na eleição de governadores e deputados estaduais do Rio de Janeiro, nas décadas de 1980 e 1990.

A literatura também insinuou momentos de *tréguas negociadas*, costuradas por meio de acordos políticos entre governos e criminosos ao longo de momentos nos quais o enfrentamento ao Estado tomou proporções tão alarmantes (como na Megarrebelião do PCC, em 2001), que obrigou ao abandono da tática de criminalização das facções em prol da aceitação de seus pleitos, em troca de uma *paz velada* (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; TEIXEIRA, 2015; MALLART, 2014; ABREU, 2017).

Fato é que o tráfico, segundo a literatura, conseguiu, pela eficiência no fluxo de energia e informação em suas redes, medir forças com o poder político de tal maneira, que o forçou a tecer alianças políticas em busca de um equilíbrio interessante a ambos (já que os governos dependem de *paz* para se afirmar eficientes, ao passo que o tráfico depende de ordem para comercializar tranquilamente).

#### **4.3.3 Estratégia de estabelecimento/manutenção de relações e cooptação de atores sintagmáticos do sistema penitenciário**

Ainda em relação à interação entre redes internas e externas, deve-se destacar como estratégia adotada pelos agentes do tráfico a cooptação de um grupo especial de agentes públicos, que detêm uma posição híbrida por também transitarem constantemente no âmbito interno das prisões: os agentes públicos do cárcere. Assim, o *estabelecimento/manutenção de relações e cooptação de agentes sintagmáticos do sistema penitenciário* foram apontados na literatura como estratégias comuns ao redor do globo (SAVIANO, 2014; TELESE, 2011; CAMPOS, 2016) e também presentes no Brasil.

Embora os servidores do sistema penitenciário sejam apontados como a linha de frente na manutenção de uma ordem prisional, há registros na literatura que revelam

sua vinculação a atores do tráfico (DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; VARELLA, 2012, 2015; ABREU, 2017; TEIXEIRA, 2015), possivelmente, por serem componentes de uma rede (lícita), que se estende ao mundo exterior, contextualmente mais próxima dos traficantes.

Com isso, os agentes do tráfico obtiveram facilidades na efetivação de fugas e rebeliões, favorecimentos pessoais (priorização de saídas e atendimentos, transferências de presos, destinação de melhores celas, remédios e alimentos etc.), assim como a entrada de bens de consumo, a rigor proibidos (eletrodomésticos e eletrônicos), celulares, armas, drogas, além da conivência quanto à realização de atividades ilícitas e quanto ao uso da violência no âmbito interno dos presídios (DIAS, 2013; AMORIM, 2011, 2015; VARELLA, 2012, 2015; TEIXEIRA, 2015; BARCELLOS, 2015).

Apesar da tímida exposição dessa estratégia na literatura (possivelmente, em razão de sua clandestinidade (DIAS, 2014), foram apontadas algumas contrapartidas ofertadas aos agentes: benefícios pessoais, como consideráveis quantias em dinheiro (sobretudo, se comparadas à remuneração padrão dos cargos) e drogas (para consumo ou revenda), além de favores em geral (como proteção pessoal, garantia de não agressão etc.) (DIAS, 2013, 2014; DIAS; SALLA, 2013; AMORIM, 2011, 2015; VARELLA, 2012, 2015; BARCELLOS, 2015).

De forma mais surpreendente, a literatura também referiu que, em face das naturais dificuldades (estrutura física, insuficiências materiais e pessoais etc.) e limitações (salariais, organizacionais etc.) enfrentadas pelas organizações penitenciárias no combate das ações dos presos (especialmente em presídios onde estão instaladas as grandes facções), as primeiras acabariam por se tornar coniventes, independentemente de contrapartidas, com as ações dos últimos, em razão da impossibilidade de obtenção de provas ou fiscalização ostensiva de suas práticas, bem como, em razão da ordem que estas impuseram no interior das cadeias, interessante ao Estado (DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; SILVA, A., 2014; FIGUEIRO, 2014; CAPITANI, 2012; TEIXEIRA, 2015; VARELLA, 2017; ABREU, 2017).

Por fim, de maneira mais rara (em razão da posição antagônica entre os agentes em questão), destacou-se a corrupção de agentes públicos do cárcere por intermédio de *cooptação ideológica*, ou seja, pelo convencimento da existência uma *causa comum* entre estes e os agentes encarcerados (SAVIANO, 2014).

Mediante contrapartidas ou não, o fato é que, estabelecidas as redes de facilidades junto aos agentes que constituiriam a vigilância territorial das redes dos internos, certamente, foram eliminadas barreiras territoriais à extensão das redes dos atores do tráfico no cárcere, mais uma vez, garantindo a integração dos presídios ao mundo exterior.

#### 4.3.4 Estratégia de utilização de mediatos para comunicação a partir do cárcere

Também foi apontada pela literatura a adoção de uma estratégia voltada ao fluxo de informação do cárcere para o mundo externo (e vice-versa), permitindo a prática eficiente de

todas as demais estratégias aqui tratadas: a utilização de *mediatos de comunicação*. Novamente, não se trata de exclusividade das redes do tráfico brasileiro (SAVIANO, 2015; FORGIONE, 2011), embora aqui essa ação tenha manifestado caracteres peculiares, inclusive, identificados em instituições de internação de adolescentes (MALLART, 2014).

Atualmente, o mediato mais importante é o *telefone celular* (em substituição aos menos funcionais aparelhos de rádio (AMORIM, 2011, 2015), que, desde a década passada, têm-se tornado um item comum em prisões, por permitir não só o controle interno dos negócios (PICANÇO; LOPES, 2016), como também a realização de julgamentos (os *debates*), a aplicação de penalidades e, até mesmo, a coordenação simultânea de rebeliões e revoltas – como ocorrido na Megarrebelião de 2001, comandada pelo PCC (SAVIANO, 2014, 2015; AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; SILVA, 2013; ANDRADE, 2015; BARCELLOS, 2015; ZOMIGHANI JUNIOR, 2013; CAPITANI, 2012; TEIXEIRA, 2015; MALVASI, 2012a; FERRO, 2012; MALLART, 2014; GODOY; TORRES, 2017; VARELLA, 2017; ABREU, 2017).

Dias (2013, 2014), Lourenço e Almeida (2013), ao mesmo tempo, apontaram que o poderio das facções do cárcere só foi possível em razão da centralidade do uso do celular, inclusive, destacando-o como instrumento que colocava seu detentor em situação de *superioridade* em relação aos demais (DIAS, 2013, 2014; GODOY; TORRES, 2017; ABREU, 2017).

A literatura também indicou a preferência por aparelhos modernos, justamente, em razão dos aplicativos que permitiriam facilidades comunicativas (como os aplicativos de *webmail* e *teleconferência*), clonagens e ocultações de centrais telefônicas (ABREU, 2017).

No entanto, como a comunicação se dá entre agentes territoriais (RAFFESTIN, 1993), certamente a presença física nos presídios ainda é a forma de comunicação mais comum no Brasil e no mundo (FORGIONE, 2011). Nesse contexto, a literatura apontou uma gama de atores que funcionariam como *mensageiros*: parentes, companheiras (os) de presos (sendo mais comum a presença de mulheres nessa função) (AMORIM, 2015; VARELLA, 2017), os já referidos advogados, dentre outros, responsáveis pelo transporte de bilhetes, cartas ou até mensagens memorizadas entre as lideranças encarceradas e o mundo externo (AMORIM, 2011, 2015; SAVIANO, 2014, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; SILVA, 2013; TEIXEIRA, 2015; MALVASI, 2012a; FERRO, 2012; MALLART, 2014; DIAS, 2013; BARCELLOS, 2015; ABREU, 2017).

Esses registros, aliás, condizem com a lição de Raffestin (1993), segundo a qual a *população* representa não só uma *força*, uma energia, senão, um verdadeiro *receptáculo de informações*, que, em sua circulação, permite que dados também circulem ao longo das redes, no caso, garantindo o reputado sucesso dos projetos elaborados pelos agentes do tráfico.

#### 4.3.5 Estratégia de enfrentamento direto de agentes sintagmáticos e atingimento de símbolos vinculados ao poder público

Por sua vez, a literatura apontou o *enfrentamento direto do poder público* como estratégia utilizada pelo tráfico no cárcere. Trata-se de um conjunto de ações que surgem em situações nas quais o diálogo com o Estado foi interrompido ou se encontra obstado o fluxo de informação nas redes existentes. Conforme a teoria de Raffestin (1993), configura-se pela potencialização do fluxo de energia (violência) como contrapartida da cessação do fluxo de informação, sendo encontrada tanto na literatura brasileira quanto na estrangeira (SAVIANO, 2014; FORGIONE, 2011; SALAZAR, 2014; BONELLA, 2016), assim como em presídios comuns e instituições de internação de adolescentes (MALLART, 2014; LUCCA, 2016).

Esse enfrentamento direto é representado, primeiramente, pelas *fugas* e pelos *resgates*, compreendidas por Dias (2013) como o *rompimento das barreiras do cárcere*, no primeiro caso, por ação exclusiva de internos, e, no segundo, com o auxílio de atores externos às prisões.

A literatura destacou as fugas como forma de (re)integrar agentes do tráfico às redes externas – para assunção de funções no comércio das drogas – ou, como consequência da *ideologia* de enfrentamento do sistema – típica das facções (AMORIM, 2011, 2015; TEIXEIRA, 2015; DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; MARQUES, 2014; ABREU, 2017). Compreendem, por sua vez, desde métodos simples (como dispersão em meio a funcionários e visitas) a planos complexos (sequestros, ameaças, simulação de emergências, utilização de disfarces, explosivos e veículos como lanchas, helicópteros etc.) (AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; DIAS, 2013; VARELLA, 2017; ABREU, 2017; BARCELLOS, 2015).

Por conseguinte, uma segunda forma de enfrentamento foi representada pelas *rebeliões*, *greves (brancas ou de fome)* e *revoltas internas*. Destacadas como meio de insurgência às normas de controle, como represália ao fracasso de fugas e resgates; como forma de *desmoralizar* ou *pressionar o Estado à aceitação de planos* dos agentes do tráfico (como a transferência de internos, a adoção de privilégios ou regimes especiais); ou como forma de *guerrear contra facções rivais*, essas ações se mostraram marcadas pelo uso de intensa violência, principalmente contra agentes públicos do sistema carcerário, dissidentes ou membros de facções rivais (AMORIM, 2011, 2015; SILVA, 2013; CAPITANI, 2012; DIAS, 2011, 2013; DIAS; SALLA, 2013; MALVASI, 2012b; GODOY; TORRES, 2017; LUCCA, 2016; VARELLA, 2017; ABREU, 2017; BARCELLOS, 2015).

Ainda no contexto das facções brasileiras, restou destacada pela literatura, por meio da afirmada estratégia de *estabelecimento/manutenção de redes e relações junto a agentes sintagmáticos públicos ou privados externos ao cárcere*, a adoção de um enfrentamento ao poder público por meio da *agressão a prédios e agentes públicos externos* (sobretudo do sistema carcerário, policiais, do Ministério Público e Magistratura), bem como à população em geral, de forma paralela, ou não, e por meio da realização de rebeliões (a exemplo da revolta protagonizada pelo PCC, em São Paulo, no ano de 2001) (AMORIM, 2011, 2015; LOURENÇO; ALMEIDA, 2013; CAPITANI, 2012; FERRO, 2012; DIAS, 2013; DIAS; SALLA, 2013; VARELLA, 2017; ABREU, 2017).

Por fim, a literatura registrou um ponto relevante: considerando-se a ciência das facções

a respeito das ações tomadas por órgãos de inteligência, ficou evidenciado que alguns grupos adotaram medidas de proteção dos fluxos de informação (o que é chamado de *contrainteligência*) (GONÇALVES, 2009), por intermédio da criptografia de mensagens, recrutamento de informantes e agentes duplos nos órgãos policiais/judiciários, tecnologias de informação (linhas virtuais, clonagem de telefones, grupos fraudulentos de teleconferência etc.), como forma de obscurecer suas ações (AMORIM, 2011, 2015; ABREU, 2017).

Do conjunto em análise, contatou-se a adoção de estratégias de guerra, a partir do cárcere, para imposição da vontade e dos planos dos agentes sintagmáticos do tráfico.

#### 4.3.6 Estratégia de estabelecimento de redes comerciais internas do tráfico de drogas

Ademais, uma última estratégia ficou identificada: ao contrário do que se possa pensar, a inserção de drogas no cárcere, comum ao redor do globo (TELESE, 2011; SAVIANO, 2014; SALAZAR, 2014), não se dá somente para a alimentação do *desígnio do vício* dos presos, senão em função de o mercado interno ser um dos mais lucrativos ao tráfico (BASTOS, 2012).

Apontou-se que o valor dos entorpecentes no cárcere, além de seguir a lei da *oferta e demanda*, pode atingir valores até dez vezes maiores que nas ruas, questão compreendida pelos agentes territoriais do tráfico (sobretudo as facções), que voltaram especial atenção a esse público (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013, 2014; VARELLA, 2017; SILVA, 2013; RUDNICKI, 2012; MARQUES, 2014; SILVA, A., 2014; FIGUEIRO, 2014; CAPITANI, 2012; TEIXEIRA, 2015; ALMEIDA et al., 2013; MALVASI, 2012a; NEVES, 2014; GODOY; TORRES, 2017; TAVARES, 2016; ABREU, 2017).

Além do mais, como dito, dominar o comércio das drogas também significa utilizá-las como *trunfo de poder* (DIAS, 2013, 2014). Aliás, essa disputa comercial costuma gerar tensões entre os agentes da atividade que se enfrentam, seja por meio de denúncias mútuas (VARELLA, 2012) ou por meio da violência (como já destacado no item acima).

A droga também foi apontada como *recurso polivalente*: ao mesmo tempo em que pode ser um *bem de consumo*, pode ser usada como *moeda* em diversos tipos de negócios. Igualmente, sua aquisição pode ocorrer mediante a cessão de bens (sobretudo cigarros, uma moeda de escambo comum em presídios) e favores diversos (AMORIM, 2011, 2015; ANDRADE, 2015; GODOY; TORRES, 2017; DIAS, 2013; TAVARES, 2016; VARELLA, 2017; ABREU, 2017).

Há autores que, inclusive, informam a ocorrência do pagamento de drogas mediante depósitos bancários realizados por parentes, no âmbito externo, ou, ainda, por intermédio de celulares possuídos pelos presos (ABREU, 2017; GODOY; TORRES, 2017).

Além das drogas, o consumo de álcool (industrializado ou artesanal) e remédios também foi destacado como parte desse mercado – apesar de sua proibição nos presídios (AMORIM, 2011, 2015; DIAS, 2013, 2014; SILVA, A., 2014; CAPITANI, 2012; ALMEIDA et al., 2013; GODOY; TORRES, 2017; VARELLA, 2017; ABREU, 2017) e em instituições de internação de adolescentes (MALLART, 2014).

Para abastecimento das redes, por sua vez, os agentes do tráfico se utilizam de *pontes* (agentes recrutados para inserção clandestina de drogas, celulares e outros bens, no cárcere), as quais são constituídas por *parentes* ou terceiros (principalmente mulheres, ludibriadas ou conscientes do ato, que inserem os produtos em seus corpos, camuflam em seus pertences ou, ainda, os levam por meio de crianças), profissionais (advogados, principalmente), agentes públicos externos ou ligados ao cárcere, ou outros presos (como trabalhadores externos), incumbidos de fazer o transporte de maneira remunerada, ou não (AMORIM, 2011, 2015; BASTOS, 2012; VARELLA, 2012, 2017; DIAS, 2013; VARELLA, 2015; SILVA, H., 2014; SILVA, A., 2014; RUDNICKI, 2012; CAPITANI, 2012; ALMEIDA et al., 2013; BERNARDI, 2013; MALVASI, 2012a; BARCELLOS, 2015; TAVARES, 2016; GODOY; TORRES, 2017; ABREU, 2017).

De maneira excepcional, Saviano (2014) apontou a atípica inserção de droga nos presídios por meio de animais adestrados. Embora raro, no Brasil, já houve o caso de utilização de um rato para essa finalidade (REIS, 2015). De forma igualmente rara, destacou-se que falhas estruturais dos presídios (ausência de segurança orgânica das instalações) (GONÇALVES, 2009) constituem uma oportunidade substancial para inserção de drogas no interior das prisões (CAPITANI, 2012; GODOY; TORRES, 2017).

Assim, com a consolidação dos comércios internos, estratégia viabilizada pelas demais ações ora analisadas, reforçam-se, também, as redes associativas internas e externas, que, como referido, se retroalimentam, possibilitando o fluxo de poderes de dentro para fora do cárcere, e vice-versa, consolidando a integração dos presídios às redes territoriais externas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, pode-se confirmar, primeiramente, a verossimilhança das informações históricas elencadas no referencial teórico, no que toca ao processo de formação histórica das facções criminosas, bem como da influência dos procedimentos de seletividade penal, desterritorialização precária e superencarceramento naquele processo.

Igualmente, confirmou-se que o tráfico de drogas (que, no século XXI, assume uma imagem análoga à de uma *empresa*, a despeito da ilegalidade de suas finalidades), mesmo a partir do contexto do cárcere, mostrou-se capaz de manejar uma série de estratégias, tomadas como medidas de resistência à quebra de sua relação de territorialidade com suas áreas comerciais e demais atores do tráfico no mundo externo.

Apesar da inexistência de estudos especificamente debruçados sobre a temática das estratégias e dos mediatos utilizados pelos atores territoriais do tráfico para integração dos presídios às redes territoriais externas, por outro lado, por meio do tratamento integrativo e semiótico das obras ora selecionadas, propiciou-se uma primeira aproximação satisfatória sobre o tema.

Foram reveladas seis diferentes estratégias, categorizadas a partir da análise das informações divulgadas por diversos pesquisadores que se aproximaram do contexto tráfico-cárcere,

quais sejam: “estabelecimento/manutenção de redes e relações entre os agentes sintagmáticos internos ao cárcere”; “estabelecimento/manutenção de relações e cooptação de agentes do sistema penitenciário”; “utilização de meios para comunicação a partir do cárcere”; “estabelecimento/manutenção de redes e relações junto a agentes sintagmáticos públicos ou privados externos ao cárcere”; “estabelecimento de redes comerciais internas do tráfico de drogas”; e, por fim, “enfrentamento direto de agentes sintagmáticos e atingimento de símbolos vinculados ao poder público”.

Diante do atingimento do objetivo do trabalho, por sua vez, constatou-se a superação da hipótese originária, tanto quanto ao número de estratégias manejadas pelo tráfico de drogas para integração dos presídios às redes territoriais externas, quanto à qualidade daquelas.

Cada uma dessas estratégias, como descrito ao longo do desenvolvimento do trabalho, compreende diferentes conjuntos de ações que, por conseguinte, se valem de diferentes meios na realização dos planos sintagmáticos dos agentes do tráfico no cárcere. Essas estratégias, igualmente, são manejadas de forma simultânea e intercruzada, possibilitando um fluxo de energia e informação do interior das cadeias para territórios externos, e vice-versa, retroalimentando os poderes internos, consolidando lideranças e organizações e, ainda, viabilizando um lucrativo comércio interno de drogas.

Obviamente, considerando que o estudo partiu de uma perspectiva literária, seu futuro aprofundamento impenderá da realização de estudos empíricos que se aproximem do contexto carcerário, bem como das instituições e dos atores que o envolvam e se encontrem integradas ao problema do tráfico de drogas no cárcere, permitindo a verificação prática das categorias teóricas ora levantadas (no sentido de atestar sua verossimilhança e adequação aos fenômenos reais a serem observados).

Contudo, mesmo que estritamente teórica, a análise mostrou-se capaz de oferecer uma visão crítica sobre o objeto eleito e, assim, consolidar saberes e reflexões diferenciados em torno da relação cárcere-tráfico. De igual maneira, destacou substanciais referenciais potencialmente utilizáveis por outras pesquisas, assim como demonstrou o caráter satisfatório do método e dos procedimentos utilizados para levantamento e análise literária do objeto de estudo.

Ofertou, ainda, a partir da crítica do discurso oficial sobre a atuação das organizações criminosas e suas motivações, elementos para uma potencial superação da visão meramente jurídico-repressiva da atuação oficial e das parcialidades teóricas hegemonicamente propugnadas sobre o problema da droga.

Mais que isso, o estudo deixou claro que o tráfico, de fato, tem se imposto *além das grades* por meio das estratégias descritas (e utilizadas com eficiência), sobretudo consolidando seus planos em face de reputadas omissões estatais no âmbito interno ou externo ao cárcere.

## STRATEGIES AND MEANS USED BY DRUG TRAFFICKING TO INTEGRATE PRISONS TO EXTERNAL TERRITORIAL NETWORKS: A LITERATURE REVIEW

### ABSTRACT

This study aimed at conducting a literary review of the relationship between drugs and prisons so as to identify strategies and means used by drug trafficking to integrate prisons to external territorial networks. With a hermeneutical and dialectical method, we carried out the analysis of selected studies according to specific criteria, followed by an analysis of the content, in order to create scientific-analytical categories. Finally, six types of strategies were identified which, applied in a simultaneous and combined manner, guarantee the exercise of power in the external world by territorial agents inside prisons.

**Keywords:** Drug trafficking. Prison. Strategies and Means. Literary Review.

## ESTRATEGIAS Y MEDIATOS UTILIZADOS POR EL TRÁFICO DE DROGAS PARA INTEGRACIÓN DE LOS PRESIDIOS A LAS REDES TERRITORIALES EXTERNAS: UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA

### RESUMEN

Este estudio tuvo como objetivo la realización de una revisión literaria en torno a la relación droga y cárcel, para identificar las estrategias y mediatos utilizados por el tráfico de drogas para integración de los presidios a las redes territoriales externas. Bajo un método hermenéutico y dialéctico, se propuso el análisis de obras seleccionadas según criterios metodológicos específicos, seguido de un análisis de contenido para la construcción de categorías científico-analíticas. Al final, se identificaron seis especies de estrategias que, aplicadas de forma simultánea y entrecruzada, garantizan el ejercicio de poderes en el mundo externo por agentes territoriales dentro de los centros penitenciarios.

**Palabras clave:** Tráfico de drogas. Cárcel. Estrategias y Mediatos. Revisión Literaria.

### REFERÊNCIAS

ABREU, Allan de. **Cocaína: a rota caipira: o narcotráfico no principal corredor de drogas do Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

ALMEIDA, Marco Antônio Betinne de et al. **Lazer e o presídio: aspectos de um paradoxo**. São Paulo: EACH, 2013.

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho: a história do crime organizado**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

\_\_\_\_\_. **CV - PCC: a irmandade do crime**. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ANDRADE, Eliakim Lucena de. Sem derramamento de sangue: religião e violência na prisão. **Revista de Campo de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 19, p. 155-176, 2015.

- ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas**. São Paulo: Leya, 2012.
- BARCELLOS, Caco. **Abusado: o dono do morro Santa Marta**. 26. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BASTOS, Alessandra Alfaro. **Escola e vida no cárcere: uma etnografia no Presídio Regional de Santa Maria**. 2012. 73f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2012.
- BERNARDI, Maria Luiza Lorenzoni. **Gênero, cárcere e família: estudo etnográfico sobre a experiência das mulheres no tráfico de drogas**. 2013. 100f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2013.
- BEZERRA, Aléxis Mendes. Política criminal no Brasil? **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 7, n. 11, p. 46-60, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BONELLA, Katryn. **Nevando em Bali**. São Paulo: Geração Editorial, 2016.
- BRANDÃO, Helena Hatsue Nagamine. **Introdução à análise de discurso**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2012.
- CAMPOS, Rui Ribeiro de. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2014.
- CAMPOS, Stephanie. The Santa Monica prison and illegal cocaine: a mutual relationship. **Crime Law Soc. Change**, n. 65, p. 251-268, 2016.
- CAPITANI, Rodrigo. **O meio ambiente prisional brasileiro e a saúde do preso: um estudo no Presídio Estadual de Bento Gonçalves**. 2012. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Caxias do Sul, Rio Grande Do Sul, 2012.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CHAGAS, Clay Anderson Nunes. Geografia, segurança pública e a cartografia dos homicídios na região metropolitana de Belém. **Boletim Amazônico de Geografia**, Pará, v.1, n. 1, p. 186-204, 2014.
- CRESWELL, John. **Investigação qualitativa e projeto de pesquisa**. Porto Alegre: Penso, 2014.
- CUNHA, Jânio Pereira da. As súmulas de jurisprudência e o prazo da prisão cautelar: uma questão de (in)constitucionalidade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, n. 12, p. 170-189, 2010.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

DIAS, Camila Nunes. Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 29, n. 85, p. 113-127, 2014.

\_\_\_\_\_. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 23, n. 2 p. 213-233, 2011.

\_\_\_\_\_. **PCC**: hegemonia nas prisões e monopólio da violência. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Camila Nunes; ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando. Das Comissões de Solidariedade ao primeiro Comando da Capital em São Paulo. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 61-82, 2013.

DIAS, Camila Nunes; SALLA, Fernando. Organized crime in brazilian prisons: the example of the PCC. **International Journal of Criminology and Sociology**, v. 2, n. 2, p. 397-408, 2013.

FALCONI, Giovanni. **Coisas da cosa nostra**: a máfia vista por seu pior inimigo. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Uma proposta legislativa para o enfrentamento da criminalidade organizada. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Minas Gerais, v. 11, n. 19, p. 85-111, 2012.

FIGUEIRO, Rafael Albuquerque. Apontamentos sobre a prisão na pós-modernidade: o caso brasileiro. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y PRÁCTICA PROFESIONAL EN PSICOLOGÍA XXI, 6., 2014, Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires: Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, 2014.

FLICK, Uwe. **Introdução à metodologia de pesquisa**. Porto Alegre: Penso, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FORGIONE, Francesco. **Máfia Export**: Como a N´drangueta, a Comorra e a Cosa Nostra colonizaram o mundo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

GODOY, Gabriel; TORRES, Bolivar. **Baladas proibidas**: a história do rei do ecstasy. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de Inteligência e Legislação Correlata**. Niterói: Impetus, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: LP&M, 1987.

HAESBAERT, Rogério. **Viver no limite**: território e multi/transterritorialidade em tem-

pos de in-segurança e contenção. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

LEITE, Francisco Tarcísio. **Metodologia científica: métodos e técnicas de pesquisa: monografias, dissertações, teses e livros**. 3. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

LOURENÇO, Luiz Claudio; ALMEIDA, Odilza Lines de. Quem mantém a ordem, quem cria desordem. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 37-59, 2013.

LUCCA, Diogenes. **Diário de um policial**. São Paulo: Planeta, 2016.

MALLART, Fábio. **Cadeias dominadas: a fundação CASA, suas dinâmicas e as trajetórias de jovens internos**. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

MALVASI, Paulo Artur. **Interfaces da vida loka: um estudo sobre jovens, tráfico de drogas e violência em São Paulo**. 2012. 288f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) –Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012a.

\_\_\_\_\_. Quebrada: etnografia das dobraduras do tráfico de drogas em periferias de São Paulo. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2012, São Paulo. **Anais... Águas de Lindóia: ANPOCS**, 2012b.

MARQUES, Adalton. **Crime e proceder: um experimento antropológico**. São Paulo: Alameda, 2014.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica aplicada às ciências sociais aplicadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Hermenêutica-dialética como caminho do pensamento social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Caminhos do pensamento: epistemologia e método**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002. p. 83-108.

\_\_\_\_\_. Introdução: conceito de avaliação por triangulação de Métodos. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de; SOUZA, Edinilsa Ramos de. **Avaliação por triangulação de métodos: abordagem de programas sociais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 19-51.

MÜLLER, Andreas. O Brasil do crime. In: LACERDA, Ricardo. **Facções criminosas do Brasil (Dossiê Superinteressante)**. São Paulo: Abril, 2017. p. 64-65.

NEVES, Maria Ozanilda. Drogas na vida das mulheres: um estudo da realidade do Centro de Detenção Provisória de Parnamirim - RN. **Segurança, Justiça e Cidadania**, v. 4, n. 8, p. 142-157, 2014.

OLIVEIRA, Giovanni França; COSTA, Gustavo Villela Lima. **Revista de Ciências Sociais da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul**, Mato Grosso do Sul, v. 11, n. 11, p. 2-24, 2012.

PICANÇO, Felícia Silva; LOPES, Natânia de Oliveira. O tráfico de drogas em formas: notas de pesquisas sobre o Rio de Janeiro. **Análise Social**, v. 1, n. 218, p. 96-120, 2016.

PIEIDADE, Fernando Oliveira; CARVALHO, Maria Luciene B. Sistema Prisional de Pedrinhas em São Luís do Maranhão: presente conturbado e futuro incerto. In: MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICO CIENTÍFICOS DO XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 8., 2015, Rio Grande do Sul. **Anais...** Rio Grande do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam:** a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal:** parte geral. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 1.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma geografia do poder.** São Paulo: Ática, 1993.

REIS, Patrício. Rato é domesticado e usado para traficar drogas em presídio do TO. **G1**, Tocantins, 4 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/11/rato-e-domesticado-e-usado-para-trafficar-drogas-em-presidio-do.html>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas.** São Paulo: EDUC/FAPESP, 2004.

RUDNICKI, Dani. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: O cotidiano dos policiais militares. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 49-92, 2012.

RUI, Taniele Cristina. **Corpos abjetos:** etnografia em cenários de uso e comércio de crack. 2012. 355f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

SALAZAR, Alonso. **Pablo Escobar:** ascensão e queda do grande traficante de drogas. São Paulo: Planeta, 2014.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Maria Del Pilar Baptista. **Metodologia da Pesquisa.** 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2015.

SANTOS, Hugo Freitas dos. O “Coletivo” como estratégia territorial dos cativos. **Geographia**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 89-116, 2007.

SAVIANO, Roberto. **A máquina da Lama:** histórias da Itália de hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. **Gomorra:** a história real de um jornalista infiltrado na violenta máfia napolitana. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

\_\_\_\_\_. **Zero, Zero, Zero.** São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SILVA, Antônio Marcos de Souza. A produção de práticas ilegais no presídio da PMCE: uma etnografia das sociabilidades dos policiais militares em situação prisional. In: REUNIÃO BRA-

- SILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 29., 2014, Natal. **Anais...** Natal: RBA, 2014.
- SILVA, Haroldo Caetano da. Sobre violência, prisões e manicômios. **Responsabilidades**, v. 3, n. 2, p. 201-217, 2014.
- SILVA, Leandro Damasceno e. A lei nº 9.034/95 e as organizações criminosas brasileiras. **THEMIS**, Fortaleza, v. 11, n. 11, p. 267-280, 2013.
- SMITH, Jo Durden. **A história da Máfia**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2015.
- STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. **Síntese**, Belo Horizonte, v.1, n. 29, p. 21-48, 1983.
- TAVARES, Andrea Souza. **Mulheres e tráfico de drogas no Distrito Federal: entre os números e a invisibilidade feminina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- TEIXEIRA, Alessandra. **Construir a delinquência, articular a criminalidade: um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo**. 2015. 286f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- TELESE, Gay. **Honra Teu Pai**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- VAN DUN, Mirela. Exploring Narcosovereignty/violence: Analyzing Illegal Networks, Crime, Violence, and Legitimation in a Peruvian Cocaine Enclave. **Journal of Contemporary Ethnography**, v. 43, n. 4, p. 395-418, 2014.
- VARELLA, Drauzio. **Carcereiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Estação Carandirú**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- VILAS BOAS, Lucas Guedes. “Por uma Geografia do Poder”, de Claude Raffestin. **Geo-PUC – Revista da Pós-Graduação em Geografia da PUC-Rio de Janeiro**, v. 8, n. 14, p. 116-112, 2015.
- VOLOCHKO, Danilo. Nova produção das periferias urbanas e reprodução do cotidiano. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri. **Crise urbana**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 105-128.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de drogas e o sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZOMIGHANI JUNIOR, James Humberto. Conexões geográficas e segregação sócio-espacial pelo uso das prisões no Estado de São Paulo. **GEOUSP – Espaço e Tempo**, n. 35, p. 97-114, 2013.

# POLICY SWITCH E O EFEITO DOS DESVIOS DE MANDATO PARA A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Mariana Dionísio de Andrade\*

1 Introdução. 2 A representação política. 3 Falhas de responsividade na representação política. 3.1 Quando ocorrem as práticas de *Policy Switch*. 3.2 Quando a corrupção e práticas clientelistas atingem o governo. 4 A importância do método e do acesso à informação na análise da corrupção. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

O objetivo do presente ensaio consiste em apresentar o conceito de representação política no contexto da representação por mandato, das dinâmicas de *policy switch* e da responsividade ínsita ao cargo político, além de responder à seguinte pergunta: qual o efeito dos desvios de mandato para a participação de eleitores no processo de escolha política? Para responder ao problema de pesquisa, é necessário avaliar o nível de equilíbrio entre responsividade das instituições e solidez democrática, o que será realizado a partir de revisão bibliográfica com base na leitura de conceitos expostos por Susan Stokes, Adam Przeworski, Daniel Treisman, Bingham Powell, Bernard Manin, Ana De La O e Oskar Kurer. Para o ensaio, foi realizada abordagem qualitativa, com suporte em dados obtidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Transparência Internacional para análise de possível coincidência entre a percepção da corrupção e a presença de dinâmicas de *policy switch* no cenário da competição eleitoral em nível presidencial brasileiro no período pós-redemocratização. É possível concluir que os desvios de mandato, incluindo-se a corrupção e as trocas conscientes de plataforma eleitoral pelos atores políticos, afetam em menor medida a participação política quando há uma *accountability* eleitoral eficiente.

**Palavras-chave:** Representação democrática. Desvios de mandato. *Policy Switch*.

## 1 INTRODUÇÃO

A implementação das demandas levantadas pelos cidadãos passa pelo filtro de uma agenda política delimitada, com destaque para as que são consideradas prioridades durante o período de gestão. No entanto, se a representação política credita ao candidato eleito rela-

\* Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco – PPGCP / UFPE (Bolsista CAPES). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Formação em *Leadership and Conflict Management* pela Stanford University. Professora dos cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Direito e Processo Constitucionais na UNIFOR / Brasil. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Pesquisadora do *Multidoor Courthouse System*. Advogada. E-mail: <mariana.dionisio@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0001-8698-9371>

tiva independência ante a vontade dos representados, visto que seria pouco viável responder satisfatoriamente a todas as demandas dos cidadãos, indistintamente, como equilibrar a responsividade às demandas da agenda política de cada país (dada a ausência de previsão legal para a obrigatoriedade de responsividade)?

A solução da questão talvez esteja na existência de *accountability* vertical, indicando a responsabilidade dos governantes pelo eventual descumprimento de suas promessas políticas, a partir de uma análise retrospectiva do processo eleitoral.

Os debates sobre a democracia devem se aprofundar constantemente, passando a considerar a qualidade do regime a partir de elementos como legitimidade e satisfação pública, confiança pública nas instituições, responsividade, responsabilidade das instituições, confiabilidade nos partidos e consciência sobre o envolvimento de candidatos a cargos públicos com eventos de corrupção. Para isso, é essencial analisar os efeitos de alguns elementos transversais à representação política, como *v.g.*, práticas de *policy switch* e da corrupção na credibilidade dos eleitores e no desenvolvimento da democracia de boa qualidade.

O estudo utiliza a análise do método *cross-national* para verificar o impacto da corrupção política sob a perspectiva comparativa, além de utilizar como suporte teórico os textos de Susan Stokes, Adam Przeworski, Daniel Treisman, Bingham Powell, Bernard Manin, Ana De La O e Oskar Kurer.

A abordagem se divide em quatro capítulos, destinados, respectivamente, à verificação dos problemas referentes: à representação política, como meio de conexão entre instituições associadas à democracia representativa e o modo como os governantes atuam; às falhas de responsividade nessa representação, evidenciando a incompletude do sistema; a relação de equilíbrio que deve existir entre responsividade das instituições e responsabilidade democrática, abordando ainda os cenários que propiciam a ocorrência de práticas de *policy switch*; e às consequências da corrupção e das práticas clientelistas para o governo.

O artigo aborda, ainda, a importância do método e do acesso à informação na análise da corrupção; além das consequências sobre o desvio de mandato, tanto para o eleitor como para a democracia.

O artigo é relevante por oferecer uma contribuição inédita para textos voltados à análise da Teoria Política e do Direito, além de evidenciar uma discussão pontual que relaciona um mandamento constitucional dos mais elementares à representatividade democrática e à necessária responsividade política.

É possível verificar que desvios no exercício do mandato podem comprometer a credibilidade da representação política, razão pela qual é necessário compreender os motivos para eventuais modificações de plataforma e suas consequências para a responsividade. Combater a corrupção política, por meio da efetiva e consciente *accountability* eleitoral, é ferramenta fundamental para a consolidação da representação política democrática.

## 2 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Representação política consiste, em uma perspectiva mínima, na atuação de um governante hábil à tradução dos interesses dos governados. No presente ensaio, a representação é destacada como elemento de conexão entre instituições associadas à democracia representativa e o modo como os governantes atuam.

Entretanto, deve-se supor que sobre os interesses envolvidos há de pesar a interpretação do representante quanto ao seu ponto de vista acerca do que sejam os interesses dos cidadãos e seus próprios interesses (a concepção mínima de representação aduz que um governo é representativo<sup>1</sup> quando se atua em prol do próprio juízo do que seja o melhor interesse do cidadão). (PRZEWORSKI; STOKES; MANIN, 1999).

A estrutura elementar da representação comporta três características: a escolha dos governantes pela eleição, a relativa independência ante a vontade dos governados e a sujeição dos governantes a eleições periódicas (promovendo-se, assim, a alternância de poder).

Quando se relacionam a democracia e a representação política, imediatamente se aduz que, na democracia, os governos são representativos porque são escolhidos por meio de eleições livres e com considerável participação popular (MENDES; MENDES, 2012), a partir de uma análise sobre a democracia que adota a eleição e o sistema representativo como condições suficientes para atingir o interesse da maioria, em uma representação perfeita.

Trata-se de uma perspectiva em que há atores políticos capacitados para exercer a representação, cujos partidos apresentam propostas que serão devidamente cumpridas ao longo do mandato (PRZEWORSKI; STOKES; MANIN, 1999). A representação perfeita não é um modelo factível na democracia ideal, simplesmente porque, mesmo que os cidadãos fossem absolutamente idôneos nas escolhas, ou que fossem capazes de agregar suas preferências à coletividade, não seria possível obrigar o governante a aplicá-las.

O conceito de *accountability* horizontal pode ser descrito como:

A existência de agentes estatais que possuem autoridade legal e estão faticamente dispostas e capacitadas para empreender ações que vão desde o controle rotineiro até a aplicação de sanções legais (inclusive o *impeachment*) em relação aos atos e às omissões de outros agentes e agências do Estado que podem, em princípio, ser qualificados como ilícitos (O'DONNELL, 2007, p. 231).

A criação do Conselho Nacional de Justiça por disposição constitucional (art. 92, I, e art. 103-B, CF/88) (BRASIL, 1988) permite a ampliação da independência judicial, e um novo meio de tornar o processo de *accountability* possível.

Ainda, a auditoria no âmbito do governo, seja ela interna, seja externa, de acordo com o que a Constituição Federal de 1988 prevê, em seus arts. 70 e 71, os quais prescrevem como o controle interno será exercido no âmbito de cada Poder, e o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional, com o devido auxílio do TCU.

A *accountability* vertical, por sua vez, relaciona-se ao tradicional mecanismo das eleições. Nas novas poliarquias, verifica-se o surgimento de diversas organizações que exigem que os funcionários estatais respeitem as liberdades e as garantias liberais básicas da população. Outras organizações supervisionam as eleições e assumem outras tarefas democráticas, como

a educação da população e o exercício dos direitos políticos. Outras atuam como guardiãs republicanas da legalidade e da conduta ética dos funcionários públicos. Essas tarefas democráticas, as garantias liberais e o aspecto republicano da legalidade representam sérios déficits para a *accountability* horizontal.

Quando se trata de materializar a *accountability* horizontal contra poderosos segmentos do Estado, especialmente no alto escalão do governo, é necessário que haja um funcionamento coordenado e convergente de toda uma rede de instituições com suficiente suporte legal e autonomia decisória (O'DONNELL, 2007).

Os desenhos institucionais e a presença das várias modalidades de *accountability* afetam a qualidade e a estabilidade da Democracia, que depende de instituições fortalecidas para recuperar a credibilidade do próprio regime. A relação entre democracia e representação é conectada pelo elo da eleição, que serve para selecionar boas políticas ou políticos que sustentam determinadas políticas e, fundamentalmente, como instrumento de prestação de contas vertical.

Assim, cabe aos candidatos a previsão mínima da vontade dos eleitores, escolhendo ou mantendo políticas adequadas aos interesses dos cidadãos. A representação por mandato acontece quando os interesses dos políticos e dos eleitores coincidem, ou quando os candidatos se preocupam apenas em garantir bons resultados nas eleições.

Para vencer, é necessário prometer e implementar as propostas políticas que são melhores para o público. Mas há debilidades que merecem destaque, como a possibilidade que o candidato, após eleito, tem de modificar sua plataforma em prol de interesses que não correspondem às preferências dos cidadãos, ou utilizar o cargo público para realizar políticas voltadas a grupos de interesse, que não necessariamente refletem as necessidades da maioria.

### 3 FALHAS DE RESPONSABILIDADE NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Conforme descrição conceitual, democracia consiste na reunião de características institucionais como o sufrágio universal dos cidadãos adultos, a partir de eleições livres e competitivas (DAHL, 2002), com múltiplas fontes de informação, pluralidade de partidos e garantia legal de direitos políticos e civis (POWELL, 2005). O Estado de Direito determina limitações do poder pelo direito e, “como meio de alcançar tal desiderato, estabelece diversas normas de contenção do poder estatal, garantindo-se aos cidadãos, em sede constitucional, direitos fundamentais de primeira dimensão” (BUFFON; GONÇALVES, 2014, p. 259), referindo-se, assim, aos direitos civis e políticos.

O processo político se consolida pela responsividade democrática, que ocorre quando o governo possui capacidade de implementar políticas adequadas aos interesses dos cidadãos, atendendo às necessidades dos eleitores de maneira consistente e elevando a qualidade da democracia,<sup>2</sup> que também pode ser mensurada por elementos, como liberdade, *accountability* vertical e horizontal, estado de direito e responsividade.<sup>3</sup>

A responsividade refere-se ao poder de resposta dos representantes à vontade e às demandas dos representados; ou, dito de outra forma, à disposição dos governos de adotarem as políticas preferidas pelos cidadãos. A responsividade também é uma característica citada por outros pensadores políticos (RIKER, 1965; DAHL, 2002; LEVINE; MOLINA, 2011).

No entanto, há uma reflexão a ser feita: se a representação política credita ao candidato eleito relativa independência ante a vontade dos representados (visto que seria pouco viável responder satisfatoriamente a todas as demandas dos cidadãos, indistintamente), como equilibrar a responsividade às demandas da agenda política de cada país dada a ausência de previsão legal para a obrigatoriedade de responsividade em países como o Brasil?

A responsividade depende do equilíbrio institucional e ocorre quando o processo democrático induz o governo a implementar políticas que os cidadãos querem, respondendo às suas demandas.

Entretanto, as preferências dos eleitores e dos candidatos eleitos nem sempre coincidem. Aqui, far-se-á uma breve análise teórica acerca de duas falhas de responsividade consideradas cruciais para a compreensão dos rumos da representatividade: a prática de *policy switch* e a incidência da corrupção política durante o mandato.

### 3.1 QUANDO OCORREM AS PRÁTICAS DE *POLICY SWITCH*

A partir de uma análise baseada na escolha racional, é possível perceber que atores políticos possuem como objetivo a maximização de votos e a realização de preferências, sem desconsiderar o exercício de ações que otimizem as possibilidades de reeleição.

A partir de uma análise pautada na racionalidade, em que atores políticos agem em conformidade com a realização de preferências, a vida política se torna um cenário prolífero para dilemas de ação coletiva, em que indivíduos vão agir com o objetivo de alcançar suas preferências, mesmo sob o risco de, com isso, atingir resultados subótimos para a coletividade (HALL; TAYLOR, 2003).

A democracia com base na teoria da escolha racional tem como ponto de partida a noção de que as ações coletivas e seus resultados têm de ser compreendidos a partir das escolhas que os atores, indivíduos ou não, fazem em uma determinada estrutura de oportunidades, isto é, de restrições e oportunidades institucionais que alteram o comportamento dos atores políticos.

Em alguns casos, políticos apresentam uma plataforma política durante as eleições e, após eleitos, adotam uma política de sentido ideológico contrário, afirmando posturas, muitas vezes, desconhecidas pelos eleitores.

Tratam-se de práticas de *policy switch*, em que há uma troca da plataforma eleitoral por outras iniciativas, antes desconhecidas pelos eleitores, após a vitória eleitoral. O candidato assume o compromisso de adotar políticas de bem-estar social e, após eleito, adota uma postura austera por meio de políticas de eficiência, normalmente impulsionadas pela conjuntura

econômica (STOKES, 1999).

A ideia de *policy switch*, ou giro político, possui reconhecimento pelo Projeto de Lei nº 3.453/2004 (BRASIL, 2004) de autoria do deputado Wladimir Afonso da Costa Rabelo (PMDB/PA), que acrescenta o art. 323-A à Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (BRASIL, 1965), que institui o Código Eleitoral brasileiro. A proposta busca tipificar como “estelionato eleitoral” o crime em que o candidato assume, durante campanha eleitoral, o compromisso de realizar projetos de investimento sabendo que é inviável a concretização da promessa, o que evidencia uma prática de *policy switch*.

Ainda sobre o tema, importa destacar o Projeto de Lei nº 4.523/2012 (BRASIL, 2012) de autoria do deputado Nilson Aparecido Leitão (PSDB/MT), que altera o art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro) para tipificar como crime o estelionato eleitoral.

Cumprir destacar que *policy switch* não envolve, apenas, o descumprimento de promessas de campanha ou a possível falta de responsividade com as instituições, mas abrange um objeto maior: a troca de plataforma política concentrada em políticas de bem-estar social por políticas de austeridade, exprimindo, assim, a mudança de identidade ideológica do próprio governo, o que pode ocorrer nas esferas municipal, estadual ou federal.

No contexto político brasileiro, especialmente no período pós-democratização, as dinâmicas de *policy switch*, em que as plataformas de campanha do candidato à eleição acabam por sofrer modificações anteriormente desconhecidas pelos eleitores quando o candidato ascende a incumbente, não são tão comuns, mas não deixam de ser adotadas no âmbito federal, conforme se depreende da ilustração a seguir, em que há exemplos de troca da plataforma evidenciada no período de campanha<sup>4</sup> e seu resultado após a vitória do candidato eleito.

**Tabela 1 - Policy Switch quanto à troca entre políticas sociais e políticas de eficiência nas eleições presidenciais do Brasil pós-democratização**

Período	Candidato eleito	Partido	Coligação	Plataforma	Política Aplicada	Policy switch
1989 <sup>5</sup>	Fernando Collor de Melo	Partido da Reconstrução Nacional (PRN)	PRN, PSC, PTR, PST	Indefinido	Indefinido	Indefinido
1994 <sup>6</sup>	Fernando Henrique Cardoso	Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)	PSDB, PFL, PTB	Políticas de Eficiência	Políticas de Eficiência	Não
1998 <sup>7</sup>	Fernando Henrique Cardoso	Partido da Social Democracia Brasileira PSDB	PSDB/PFL/PPB/PTB/PSD	Políticas de Eficiência	Políticas de Eficiência	Não
2002 <sup>8</sup>	Luiz Inácio Lula da Silva	Partido dos Trabalhadores (PT)	PT/PL/PMN/PCB / PCdoB	Políticas Sociais	Políticas Sociais	Não

2006 <sup>9</sup>	Luiz Inácio Lula da Silva	Partido dos Trabalhadores (PT)	PT, PMDB, PRB, PCdoB, PSB, PP, PR, PTB, PV, PDT, PSC e PAN	Políticas Sociais	Políticas de Eficiência (início da primeira parte do mandato) Políticas Sociais (início da segunda parte do mandato)	Sim
2010 <sup>10</sup>	Dilma Rousseff	Partido dos Trabalhadores (PT)	PRB / PDT / PT / PMDB / PTN / PSC / PR / PTC / PSB / PCdoB	Políticas Sociais	Políticas Sociais	Não
2014 <sup>11</sup>	Dilma Rousseff	Partido dos Trabalhadores (PT)	PT / PRB / PMDB / PSD / PP / PR / PROS / PDT / PCdoB	Políticas Sociais	Políticas de Eficiência	Sim
2014 <sup>12</sup>	Dilma Rousseff	Partido dos Trabalhadores (PT)	PT / PRB / PMDB / PSD / PP / PR / PROS / PDT / PCdoB	Políticas Sociais	Políticas Sociais	Não
2016 <sup>13</sup>	Michel Temer (Vice)	Partido do Movimento Democrático Brasileiro - (PMDB)	DEM / PPS / PP / PPS / PSDB / PSD / SD / PMDB / PRB / PSB	Políticas de Eficiência	Políticas de Eficiência	Não

Fonte: elaboração própria com base em Brasil (2016).

Entretanto, eleitores também possuem suas crenças e decisões quanto às políticas que devem ser implementadas, mas são crenças nem sempre conhecidas pelos políticos. Há ainda um elemento que deve ser considerado: as escolhas dos eleitores não são fixas como as dos políticos, o que pode constituir uma tensão entre as preferências dos eleitores e as preferências dos representantes.

Eleitores *ex ante* observam os resultados do primeiro mandato e desenvolvem novas preferências que tendem a ser uma média ponderada do mandato anterior. Eleitores não conhecem as preferências dos candidatos antes da primeira eleição, mas sabem que sua decisão pode impactar a manutenção ou modificação de uma política implementada.

A mudança das propostas dos políticos que exercem o *policy switch* ocorre porque estes sabem que, “se antecipando aos eleitores e com base em sua experiência nos efeitos de *políticas de eficiência*, podem até modificar suas preferências, induzindo escolhas e maximizando o apoio político.” (STOKES, 1999, p. 113).

Políticos que exercem essa troca são representativos na medida em que, dentro dos limites do que julgam ser correto, atuam para materializar os interesses dos cidadãos

e em benefício do Estado. Se não o fazem, incorrem na falta de responsividade com os eleitores, maculando a própria ideia de representação política.

No período inicial do mandato, o candidato busca um cargo político; no período final, busca a reeleição. Em ambos os períodos, o ator político possui plena consciência sobre quais políticas são melhores para os eleitores, mas deve definir quais podem ser reveladas no primeiro período (durante a campanha para as eleições) e quais devem permanecer encobertas. Depois de eleitos, devem decidir quais políticas devem implementar primeiro (suas opções são fixas e não ajustáveis).

O apoio a um candidato será definido pela coincidência entre preferências e resultados úteis das políticas adotadas porque, caso o ator político aja de acordo com suas próprias preferências, pode ser mantido no poder. Se implementar políticas mais austeras, porém mais eficientes, mesmo que seja em um contexto de *policy switch*, há possibilidade de ser reeleito, porque os resultados foram úteis e houve eficiência na *policy switch*.

### 3.2 QUANDO A CORRUPÇÃO E AS PRÁTICAS CLIENTELISTAS ATINGEM O GOVERNO

A corrupção pode ser definida como o “abuso de cargo público em benefício privado”, em que o “ganho privado” pode ser acumulado, quer pelo funcionário, quer por grupos de interesse ou partidos a que pertence (TREISMAN, 2007).

A corrupção também pode ocorrer por meio do suborno cometido por um cidadão privado a um funcionário público em troca de algum serviço que deveria ser oferecido gratuitamente (por exemplo, o registro de uma empresa) ou para ter acesso a um serviço que não deveria ser oferecido (por exemplo, informação privilegiada).

Em relação ao tema, importa destacar a presença da tentativa de combate à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei Anticorrupção, nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências; Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (BRASIL, 1992), que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional; a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (BRASIL, 2010), que altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da CF/88 (BRASIL, 1988), casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

A corrupção tende a obstruir a responsividade na medida em que a falta de recursos (utilizados indevidamente ou subtraídos) inviabiliza a execução das políticas prometi-

das. Mas não é só de probidade e honestidade que vivem as políticas, visto que também podem se tornar inexecutáveis se a burocracia for mal desenvolvida, se for praticada por pessoas incompetentes ou não comprometidas, ou se houver uma inadequada segurança organizacional.

A liberdade e a igualdade dos cidadãos, o estado de direito e a eficiência das formas de *accountability* propiciam a incidência da responsividade democrática, pois, em um contexto em que os cidadãos são cômicos de seus direitos e detêm suficientes informações, há maior possibilidade de definição de preferências, o que conferiria sentido à responsividade (POWELL, 2005). Nesse contexto, há uma questão de vital importância: por qual razão há eleitores que apoiam políticos corruptos?

O apoio a políticos corruptos apontando para o desejo dos eleitores de alcançar benefícios particularistas, interesses pessoais,<sup>14</sup> ou quaisquer sistemas de patronagem que sirvam ao interesse de eleitores de baixa renda. Entretanto, tal explicação não parece ser a mais completa.

Deve-se considerar a problemática dos partidos fracos, ou seja, partidos que não são fortes precisam barganhar patrocínio para o financiamento de campanhas, atraindo atores políticos que não possuem sintonia com a ideologia do partido e grupos de interesse com preferências diferentes (KURER, 2001; STOKES, 2005).

Tudo isso impacta diretamente a boa governança e a boa eficiência da Administração Pública, na medida em que a capacidade administrativa não é autônoma e se relaciona com o contexto econômico. Um elevado nível de corrupção política, por meio da fraude e dos desvios, por exemplo, frustra o processo democrático; democracia de qualidade e altos níveis de corrupção política são, portanto, mutuamente contraditórios.

Para ilustrar o nível de percepção dos cidadãos brasileiros sobre a corrupção política, colaciona-se a seguir uma tabela com dados obtidos por meio da compilação de informações de *index* anuais (*Corruption Perceptions Index* – CPI)<sup>15</sup> da organização não governamental Transparência Internacional, para verificar o desempenho do Brasil no período compreendido entre 1995 (data de início da elaboração dos *index*) até 2015, identificando o ranking de percepção de corrupção entre os países examinados.

A metodologia utilizada pela ONG Transparência Internacional compreende quatro etapas:

- a) seleção de fontes de dados;
- b) ajuste da escala de fontes de dados;
- c) combinação de fontes de dados e;
- d) determinação de uma medida de incerteza.

Segue tabela ilustrativa:

**Tabela 2 - Índice de percepção da corrupção no Brasil (1995 a 2015)**

Ano	Score	Variância	Número de países	Posição no Ranking
1995	2.70	3.11	41	37º lugar
1996	2.96	1.07	54	40º lugar
1997	3.56	0.49	52	36º lugar
1998	4.0	0.40	85	46º lugar
1999	4.1	0.8	99	45º lugar
2000	3.9	0.3	90	49º lugar
2001	4.0	0.3	91	46º lugar
2002	4.0	0.4	102	45º lugar
2003	3.9	0.5	133	54º lugar
2004	3.9	0.4	145	59º lugar
2005	3.7	0.3	158	62º lugar
2006	3.3	0.3	163	70º lugar
2007	3.5	0.4	179	72º lugar
2008	3.5	0.5	180	80º lugar
2009	3.7	0.4	180	75º lugar
2010	3.7	0.4	178	69º lugar
2011	3.8	0.5	182	73º lugar
2012	4.3	0.3	174	69º lugar
2013	4.2	0.5	175	72º lugar
2014	4.3	0.4	174	69º lugar
2015	3.8	0.4	167	76º lugar

Fonte: elaboração própria com base em Transparency International (2016).

É possível verificar que a oscilação na posição do ranking estabelecido pelo *Corruption Perceptions Index* (CPI) evidencia a insegurança dos cidadãos brasileiros nas instituições, no nível de transparência da esfera política e, principalmente, a crescente falta de credibilidade do Brasil no cenário internacional.

Há de se considerar, portanto, a possível correlação entre corrupção, desvios de mandato, mudança inesperada de posturas políticas e a crescente falta de credibilidade na transparência das instituições políticas brasileiras, especialmente a partir de 2006, conforme se depreende da pesquisa realizada.

Ao comparar os resultados da Tabela 2 com a exposição da Tabela 1, verifica-se a coincidência da queda no ranking de percepção de corrupção pela população, portanto; maior impressão de corrupção diante do cenário internacional, e a ocorrência de *policy switch* no âmbito presidencial, que incidem em 2006.

Além disso, a corrupção afeta o desenvolvimento econômico de um país, porque tende a aumentar a tributação interna e a reduzir a confiabilidade do país para investimentos externos, reduzindo também a possibilidade de investimentos na infraestrutura pública.

Mas, se, de fato, a corrupção é considerada moralmente errada e tende a diminuir o bem-estar do eleitor mediano, é necessário refletir: por que políticos e partidos corruptos permanecem nos negócios políticos? (KURER, 2001).

Eleitores buscam a maximização de benefícios e podem preferir pacotes de políticas que convivem com a corrupção, apesar dos problemas que lhes são decorrentes (STOKES, 2005). No entanto, nas sociedades onde há partidos clientelistas, nem todos os eleitores recebem benefícios em igual dimensão, porque os recursos são limitados.

Mas é necessário analisar a corrupção a partir do princípio de que (1) a corrupção endêmica empobrece o eleitor médio; (2) o eleitor médio não gosta da corrupção; (3) os eleitores vão apoiar um partido ou um político de acordo com os benefícios que um determinado pacote de políticas oferece, adaptando-se às suas preferências e à probabilidade de implementação dessas políticas; e (4) os eleitores preferem pacotes de políticas que aumentam seu bem-estar social e envolvem níveis menores de corrupção (KURER, 2001).

O problema da corrupção política exige do cientista político uma reflexão sobre conceitos na medida em que pode influenciar o comportamento do eleitor na perspectiva prospectiva e/ou retrospectiva. Há uma forte tendência em considerar que a ciência sobre informações que aduzem a atos de corrupção por figuras políticas pode se reverter contra os mesmos no pleito seguinte. Isso ocorre porque a corrupção, especialmente na modalidade contumaz, afeta a identificação que eleitores possuem com o partido que os representa, ou, em última dimensão, ocasiona o alheamento político (CHONG et al., 2011).

#### 4 A IMPORTÂNCIA DO MÉTODO E DO ACESSO À INFORMAÇÃO NA ANÁLISE DA CORRUPÇÃO

Para realizar uma abordagem sobre as causas da corrupção, é preciso direcionar a observação política com base na pesquisa *cross-national*, que consiste na técnica de análise de um evento ou processo que ocorre dentro de um país, comparando-o à forma como ocorre em outros países diferentes (TREISMAN, 2007). Evidências demonstram que quanto mais desenvolvida a democracia, quanto maior é a liberdade de expressão e de imprensa, mais elevada é a quota de mulheres envolvidas nos negócios políticos e mais reduzidos são os índices de corrupção. O autor verificou, ainda, que os países que dependem de exportações de combustíveis ou que têm regulamentos empresariais intrusivos e inflação imprevisível são julgados mais corruptos.

Entretanto, ressalte-se não se tratar de uma regra generalizante, mas sim da construção de uma teoria de médio alcance, cujos reflexos denotam que experiências de corrupção se correlacionam com o baixo desenvolvimento e, possivelmente, com a dependência das exportações de combustível, menor abertura comercial e regulamentação governamental mais intrusiva.

A mensuração da corrupção se modificou há cerca de uma década, recebendo novo impulso a partir de dois fatos cruciais: primeiro, a organização da Transparência Internacional,

cujo objetivo consiste em construir uma campanha para o governo honesto e que começou a construir um índice da “percepção de corrupção” dos países (TREISMAN, 2007). Segundo, e simultaneamente, um economista relatou evidências de uma ligação entre suspeitas de corrupção e o crescimento econômico mais lento, com base na análise *cross-national*, o que levou governos de outros países a utilizarem tais dados e iniciar investigações sobre a percepção da corrupção em relação a outros países.

Dois índices de percepção da corrupção se tornaram mais comumente utilizados em trabalhos empíricos: o Índice de Percepção de Corrupção (IPC) construído pela Transparência Internacional (TI) e uma classificação de controle da corrupção publicada por uma equipe liderada por Daniel Kaufmann, do Banco Mundial (BM).

Ambos os grupos têm como objetivo reduzir os erros de medição pela média das diferentes fontes e usar conjuntos de entradas semelhantes (e que se sobrepõem). Seus métodos para construir índices diferem em dois aspectos principais: a Transparência Internacional mede valores normalizados durante o ajuste para reduzir a sensibilidade do índice de alterações nos inquéritos e países incluídos; já a equipe do Banco Mundial trata as classificações individuais como medidas ruidosas de uma variável latente comum e estima isso usando um modelo de componentes não observáveis.

Enquanto a equipe do Banco Mundial inclui todos os países para os quais uma classificação está disponível, a Transparência Internacional inclui apenas países para os quais três classificações estão disponíveis, o que provavelmente aumenta a precisão, mas conduz a uma cobertura mais estreita dos países analisados.

Apesar de serem dados importantes, não são capazes de medir a corrupção em si, limitando-se a demonstrar opiniões sobre a sua prevalência. É necessário considerar que tais opiniões podem não ser baseadas no conhecimento direto, ou podem ser enviesadas.

Diferenças nos índices de corrupção entre os países poderiam refletir diferenças no nível de aceitação social do cinismo, no grau de identificação entre o público e o governo, na injustiça de relações sociais ou econômicas, ou mesmo no grau de acesso à informação por parte dos eleitores (TREISMAN, 2007).

Nem todos os eleitores são igualmente atingidos, em exata dimensão, pelas mesmas informações. O nível de compreensão pode ser diferente entre eleitores de classes sociais ou níveis educacionais diferentes, por exemplo. Assim, é possível perceber que não basta o acesso à informação para garantir a adequada *accountability* eleitoral, além do fato de que alguns eleitores menos informados podem acabar por se abster do voto, consolidando a ideia do alheamento político.

Eleitores também atuam com base na racionalidade, o que significa que também são hábeis a dimensionar custos e benefícios relacionados ao voto. Se o governo perde a capacidade de responder às necessidades dos seus constituintes e está em situação de descrédito, então a tendência é haver uma menor propensão em votar, o que prejudica a própria ideia de representação democrática (CHONG et al., 2011).

Para julgar o nível de uma democracia, não se deve questionar se o Estado proporciona bem-estar aos seus cidadãos, se se comporta de acordo com suas próprias leis ou se o povo controla os níveis de exercício do poder.

Um regime será democrático na medida em que as relações políticas entre o Estado e seus cidadãos abrangam a consulta ampla, igualitária, protegida das arbitrariedades e que tenha regras e deveres mutuamente vinculantes.

O Estado deve poder colocar em prática as decisões adotadas e sancionar, de alguma forma, quem descumprir essas decisões. É necessária ainda a autonomia dos centros de poder e realização de políticas públicas. Do ponto de vista político, um governo pode debilitar sua própria capacidade de conduzir políticas em razão dessa autonomia dos centros de poder, caso haja dissonância, por exemplo, entre os interesses dos membros das Casas Legislativas e do Presidente da República.

É necessário, ainda, mensurar a responsividade democrática, a partir da iniciativa de criar um índice para cada “subversão” listada (v.g. corrupção, controle de informações e incoerência partidária), enumerando-os e avaliando seus resultados. Outro meio seria a listagem de resultados esperados pelos eleitores quanto às políticas implementadas, comparando-se com a performance nacional correspondente àquela política.

O fato é que a agenda de pesquisa é inevitavelmente complexa, envolvendo mensurações múltiplas, procedimentos que dependem do contexto avaliado, conteúdo substantivo e avaliação pelos cidadãos; o que evidencia a complexidade sobre a compreensão da própria democracia em si (POWELL, 2005).

É necessário enfrentar alguns desafios metodológicos para realizar pesquisas empíricas sobre o tema, na tentativa de verificar a relação de causalidade entre acesso à informação sobre corrupção política e influência na participação política de eleitores por meio do voto (LEAL; CASTRO, 2013); justamente porque há uma considerável dificuldade em verificar fenômenos com e sem tratamento – desafio inferencial.

Inicialmente, é necessário expor eleitores ao comportamento corrupto de seus candidatos e dos incumbentes e, posteriormente, avaliar se tal comportamento desmotiva a participação política por meio das eleições ou se incentiva esses eleitores a votar em outros partidos (CHONG et al., 2011).

Há desafios no estudo da corrupção política e nas consequências dela decorrentes para os resultados eleitorais, especialmente no que se refere à mensuração do nível de exposição dessa corrupção, visto tratar-se de uma atividade ilícita e, portanto, sem evidências de fácil localização.

O apoio a candidatos corruptos reflete muito do cenário da representação política vivenciado por algumas democracias de baixa qualidade, porque evidencia a existência de um frágil sistema partidário, pouco acesso dos eleitores a informações que podem auxiliar na formulação consciente das decisões políticas ou mesmo a identificação de alguns eleitores com práticas clientelistas como a compra de votos, especialmente quando partidos possuem ideologias muito próximas entre si, reduzindo alternativas eleitorais.

O acesso às informações institucionais também se faz necessário para incutir no governo a responsividade, tornando atores políticos moralmente responsáveis por seus atos. As informações representam, para os eleitores, a possibilidade de reforçar a capacidade de fiscalização sobre os políticos (PRZEWORSKI; STOKES; MANIN, 1999), o que não necessariamente se reverte, automaticamente, em apoiar partidos de oposição. Significa, sim, a oportunidade de exercer *accountability* eleitoral, punindo os partidos por meio da ausência de votos que pudessem reconduzir mandatos de políticos envolvidos em casos de corrupção.

A própria ignorância do eleitor já foi destacada como uma das possíveis justificativas para a persistência de um comportamento predatório de votação, revelando um dos problemas centrais da democracia. Nem sempre há informação suficiente para que o eleitor faça sua escolha de maneira livre e consciente, o que compromete a avaliação do nível de corrupção (CHONG et al., 2011).

Um outro problema de falta de informação ocorre quando os eleitores são incapazes de discernir entre candidatos corruptos ou não corruptos, o que é extremamente grave na medida em que destoia da ideia de escolha livre e consciente própria da democracia.

Quando os eleitores escolhem políticos, decidem pela associação entre os políticos e as políticas que podem realizar. A representação por mandato possui vantagens como a legitimidade do voto, escolha livre, representação por prazo determinado e possibilidade de *accountability* eleitoral, prospectiva ou retrospectiva – como é mais comum no Brasil.

A escolha eleitoral se torna obscura e viciada, justamente porque não há clareza (e principalmente correspondência) entre as propostas evidenciadas pela plataforma política e a conduta dos candidatos após a vitória eleitoral.

O cidadão não consegue, assim, distinguir quando o político adota posturas impopulares por necessidade ocasionada pelas circunstâncias, ou quando realiza ações que contrariam o discurso por prática de *policy switch*. Se as razões do ator político são desconhecidas, não há justificativa para confiar em sua representação.

## 5 CONCLUSÃO

A partir da apresentação do conceito de representação política na esfera da representação por mandato, é possível responder ao problema de pesquisa formulado pela identificação de fatores que envolvem as dinâmicas de *policy switch* e a responsividade necessária aos ocupantes de cargos políticos.

O efeito dos desvios de mandato para a participação de eleitores no processo de escolha política é a consequente redução da credibilidade institucional e alheamento político, além da dificuldade na prática de mecanismos de *accountability* para a fiscalização da responsividade dos incumbentes.

Para se compreender o conceito de representação política no contexto democrático, algumas condições devem ser respeitadas, como igualdade de acesso à arena política, responsi-

vidade por parte dos candidatos eleitos, responsabilidade por parte dos governantes, legislação transparente e acessível, liberdade de informação e mecanismos eficientes de *accountability*.

A democracia pode ser a melhor forma de governo até hoje, entretanto, ainda é congênita e estruturalmente deficiente no que diz respeito ao controle popular sobre os governantes ou no que concerne às práticas de *accountability*, que ainda precisam ser mais aprofundados, razão pela qual se reconhece a oportunidade do estudo e se desvenda a necessidade de esclarecer a presente temática.

Entretanto, eventos como a corrupção política contumaz e a falta de controle sobre as práticas de *policy switch* evidenciam que, na democracia, ainda há graves obstáculos, como a violação de mandatos; a insuficiência das condições que sustentam a democracia para vincular governantes a seus mandatos; a força da pressão de grupos de interesse sobre a escolha das políticas que seriam mais adequadas para a população; as inconsistências no mandato decorrentes do binômio fragilidade dos partidos e governo de coalizão; e, principalmente, a falta de informações para o eleitor, impactando, assim, suas escolhas. Violações de mandato não o tornam inconsistente quando a ideia de representação está firmemente consolidada, mas causam um risco à qualidade da democracia quando são contumazes.

## POLICY SWITCH AND THE EFFECT OF MANDATE DEVIATIONS TO DEMOCRATIC REPRESENTATION

### ABSTRACT

The purpose of this essay is to present the political representation concept in the context of mandate representation, the dynamics of policy switch and the inherent responsiveness of political office, and answer the following question: what is the effect of deviation from mandate to voters participation in the process of political choice? In order to answer the research question, it is necessary to evaluate the level of balance between institutional responsiveness and democratic solidity, which will be done from literature review based on the reading of concepts presented by Susan Stokes, Adam Przeworski, Daniel Treisman, Bingham Powell, Bernard Manin, Ana De La O and Oskar Kurer. The qualitative approach is supported by data obtained from the Electoral Court (TSE) and International Transparency to analyze an eventual coincidence between the corruption perception and the presence of policy switch dynamics at the scenario of electoral competition in a Brazilian presidential level post-democratization period. It is possible to conclude that mandate deviations, including corruption and conscious exchanges of platform-level by political actors, produces few effects on the political participation when there is an effective electoral accountability.

**Keywords:** Democratic representation. Mandate deviation. Policy Switch.

## POLICY SWITCH Y EL EFECTO DE LOS DESVIOS DE MANDATO PARA LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA

### RESUMEN

El objetivo del presente ensayo consiste en presentar el concepto de representación política en el contexto de la representación por mandato, de las dinámicas de policy switch y de la responsividad inherente al cargo político, además de responder a la siguiente pregunta: ¿cuál es el efecto de las desviaciones de mandato para la participación de electores en el proceso de elección política? Para responder al problema de investigación, es necesario evaluar el nivel de equilibrio entre responsividad de las instituciones y solidez democrática, lo que será realizado a partir de una revisión bibliográfica con base en la lectura de conceptos expuestos por Susan Stokes, Adam Przeworski, Daniel Treisman, Bingham Powell, Bernard Manin, Ana De La O y Oskar Kurer. Para el ensayo, se realizó un enfoque cualitativo, con soporte en datos obtenidos por el Tribunal Superior Electoral - TSE y Transparencia Internacional para analizar la posible coincidencia entre la percepción de la corrupción y la presencia de dinámicas de policy switch en el escenario de la disputa electoral a nivel presidencial brasileño en el período post-redemocratización. Es posible concluir que las desviaciones de mandato, incluyendo la corrupción y los intercambios de la plataforma electoral de los actores políticos, afectan en menor medida a la participación política de los ciudadanos cuando hay una responsabilidad electoral eficiente.

**Palabras clave:** Representación democrática. Desviaciones de mandato. Policy Switch.

- 
- 1 O conceito de representação política de Edmund Burke (1729 - 1797) compreende que a legitimidade de agir do governante deve estar pautada em sua própria consciência e em seu julgamento racional, mesmo contrariando a opinião dos que o elegeram. A função do governante é demonstrar uma postura contramajoritária, se a finalidade for racional e adequada ao bem comum dos cidadãos.
  - 2 Para analisar a qualidade da democracia e identificar o que seria um “bom” regime, é necessário analisar requisitos essenciais, como sufrágio universal da população adulta, eleições livres, competitivas e justas, multipartidarismo e fontes alternativas de informação. A democracia ideal deve atingir determinados objetivos como a soberania popular, liberdades civis, igualdade política, transparência, legalidade e boa governança. Um segundo passo na avaliação sobre a qualidade da democracia requer maior clareza semântica do termo “qualidade”, que indica procedimento definido, satisfação dos resultados esperados e funcionalidade, o que se revela pela qualidade das instituições, inserindo-se no conceito a existência de um Poder Judiciário independente e mecanismos neutros de participação política (DIAMOND; MORLINO, 2005).
  - 3 “A government is ‘responsive’ if it adopts policies that are signaled as preferred by citizens. If individuals are rational and governments are competent in the sense defined here, and if voters know everything they need to know about the exogenous conditions and about the effect of policies on outcomes, then either a responsive or accountable government will be representative. People will signal their will in elections, and a responsive government will implement their instructions to generate outcomes that people want” (PRZEWORSKI; STOKES; MANIN, 1999, p. 9-10).

- 4 Há de se fazer o esclarecimento que as dinâmicas de *policy switch* não se restringem a simples promessas de campanha, mas sim abrangem toda uma plataforma política e, principalmente, o planejamento estratégico do incumbente e sua equipe de gestão. Na ilustração, verificam-se duas situações pontuais: a gestão do ex-presidente Fernando Collor de Melo, cuja plataforma não fora definida e, assim, não havia restrições quanto à mudança de planejamento estratégico como elemento alvo de responsividade, justamente porque não houve um compromisso formal para políticas de austeridade ou de bem-estar social. No segundo caso, verifica-se o segundo mandato da ex-presidente Dilma Rousseff, em que efetivamente houve o compromisso pela adoção de políticas sociais e, logo no início do mandato, foi realizada uma opção pela troca, pela imediata tentativa de reajuste da plataforma por políticas de austeridade/eficiência.
- 5 Eleições reguladas de acordo com o art.1º, da Lei nº 7.773, de 08 de junho de 1989.
- 6 Eleições reguladas conforme a Lei nº 8.713, de 30.9.1993, combinada com a Resolução-TSE nº 14.427, de 21 de julho de 1994.
- 7 Eleições reguladas segundo a Lei nº 9.504, de 30.9.1997, combinada com o art. 1º da Resolução-TSE nº 20.105, de 04 de março de 1998.
- 8 Eleições reguladas pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997, combinada com o art. 2º da Resolução-TSE nº 20.997, de 26 de fevereiro de 2002.
- 9 Eleições reguladas na forma da Lei nº 9.504, de 30.9.1997, combinada com o art. 1º da Resolução-TSE nº 22.154, de 02 de março de 2006.
- 10 Eleições reguladas conforme prevê a Lei nº 9.504, de 30.9.1997, combinada com a Resolução-TSE nº 23.089, de 01 de julho de 2009.
- 11 Eleições reguladas pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997, combinada com a Resolução-TSE nº 23.390, de 05 de outubro de 2013.
- 12 Eleições reguladas pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997, combinada com a Resolução-TSE nº 23.390, de 05 de outubro de 2013.
- 13 Vice-presidente empossado após o processo de *Impeachment* movido por Hélio Pereira Bicudo, Janaína Conceição Paschoal, Miguel Reale Júnior e outros, sob a acusação de abertura de créditos suplementares por decretos presidenciais, sem autorização do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 85, VI e art. 167, V; e Lei nº 1.079, de 1950, art.10, item 4 e art. 11, item II); e da contratação ilegal de operações de crédito (Lei nº 1.079, de 1950, art. 11, item 3). Dada a dissolução da coalizão formada na eleição de Dilma Rousseff, para o presente ensaio, consideraremos a coalizão de Michel Temer com base nos partidos que fazem parte da composição ministerial.
- 14 Os interesses individuais do que seria ideal para cada sujeito, via de regra, coincidem com os desejos individuais, entretanto, se os cidadãos desconhecem a existência de condições exógenas que podem inviabilizar esses interesses, ou se desconhecem as políticas e seus pretensos resultados, talvez não saibam definir exatamente quais decisões políticas são interessantes para suas vidas. Por vezes, o representante deve estar disposto a sacrificar interesses de minorias pelo bem da maioria, ou mesmo, sacrificar sua popularidade em prol do melhor interesse do cidadão (PITKIN, 1967).
- 15 O *Corruption Perception Index* (CPI) é um índice que evidencia, em uma escala que varia entre 0 (“altamente corrupto”) a 100 (“muito limpo”), “o grau em que a corrupção é percebida a existir entre funcionários públicos e políticos”, com dados obtidos a partir de doze fontes de pesquisa diferentes, que envolvem desde informações do Banco Mundial até *surveys* aplicados no Fórum Mundial Econômico. As pontuações do CPI classificam os países com base no nível de percepção do setor público. O índice expressa uma combinação de levantamentos e avaliações de corrupção, coletadas por uma variedade de instituições reconhecidas internacionalmente, portanto, é um dos indicadores com maior nível de credibilidade.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18429.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.453, de 5 de maio de 2004**. Busca tipificar o estelionato eleitoral e a sanção pelo descumprimento de promessa eleitoral. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2004.
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.523, de 10 de outubro de 2012**. Altera o art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940 (Código Penal) para tipificar como crime o estelionato eleitoral. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Cronologia das eleições no Brasil 2015**. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/analisa-melhor-descarte-eleit-1945-1990/cronologia-das-eleicoes>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- BUFFON, Marciano; GONÇALVES, Marlo Thurmann. A inclusão do elemento “democracia” no conceito de Estado de Direito e seus efeitos sobre o princípio da solidariedade no âmbito das contribuições sociais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v.12, n. 16, p.

258-284, 2014.

CHONG, Alberto et al. **Looking beyond the incumbent: the effects of exposing corruption on electoral outcomes.** Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2011.

DAHL, Robert. **La poliarquía: participación y oposición.** 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. Introduction. In: \_\_\_\_\_. **Assessing the quality of democracy.** Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005. p. 9-43.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, n. 58, p. 193-223, 2003.

KURER, Oskar. What do voters support corrupt politicians? In: JAIN, Arvind K. (Ed.). **The political economy of corruption.** Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2001.

LEAL, Rogério Gesta; CASTRO, Matheus Felipe de. Fundamentos redefinitórios do direito fundamental de participação social na política brasileira. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 311-338, 2013.

LEVINE, Daniel; MOLINA, José. Measuring the quality of democracy. In: \_\_\_\_\_. **The quality of democracy in Latin America.** Boulder: Lynne Rienner, 2011. p. 21-38.

MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel; MENDES, Ubirajara Carlos Mendes. Configuração democrática participativa. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 10, n. 14, p. 107-127, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones. **Dissonancias: críticas democráticas a la democracia.** Buenos Aires: Editorial Prometeo Libros, 2007.

PITKIN, Hanna F. **The concept of representation.** Berkeley: University of California Press, 1967.

POWELL, G. Bingham. The chain of responsiveness. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo (Ed.). **Assessing the quality of democracy.** Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005.

PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. **Democracy, accountability and representation.** New York: Cambridge University Press, 1999.

RIKER, William. **Democracy in America.** 2. ed. New York: Macmillan, 1965.

STOKES, Susan C. What do policy switches tell us about democracy? In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. (Coord.). **Democracy, accountability and representation.** New York: Cambridge University Press, 1999.

STOKES, Susan C. Perverse accountability: a formal model of machine politics with evidence from Argentina. **American Political Science Review**, v. 99, n. 3, p. 79-118, Aug. 2005.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption perception index 2016**. 2016. Disponível em: <[http://www.transparency.org/research/cpi/cpi\\_early/0/](http://www.transparency.org/research/cpi/cpi_early/0/)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

TREISMAN, Daniel. What have we learned about the causes of corruption from ten years of cross-national empirical research? **Annual Review of Political Science**, n. 10, p. 211-44, 2007.

# A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COMO ÓBICE AO ACESSO À JUSTIÇA

Daniela Meca Borges\*

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira\*\*

1 Introdução. 2 A superação da classificação romana do direito. 3 Os direitos coletivamente tutelados 4 O processo coletivo como elemento concretizador do acesso à justiça. 5 Coisa julgada. 6 Artigo 16 da Lei n. 7.347/1985. 6.1 Origem da reforma legislativa. 6.2 Análise da constitucionalidade e aplicabilidade. 6.3 Posição adotada. 7 Considerações finais. Referências

## RESUMO

As ações coletivas têm como pontos sensíveis a discussão acerca da legitimidade e da coisa julgada. O presente estudo tem por escopo a análise desta última, em que o debate se justifica porque a coisa julgada reflete as consequências do processo no mundo real. A coisa julgada nas demandas coletivas teve sua extensão ampliada para operar-se *erga omnes* ou *ultra partes* (redação original do art. 16 da Lei n. 7.347/1985 e art. 103 da Lei n. 8.078/1990), objetivando evitar a multiplicação de demandas com o mesmo pedido e causa de pedir e a existência de decisões conflitantes. Ocorre que a Lei n. 9.494/1997, até hoje em vigor, alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) para limitar a coisa julgada à competência territorial do órgão prolator. A partir de então, surgiram grandes celeumas na doutrina e na jurisprudência pátria quanto à constitucionalidade, eficácia e aplicabilidade desta alteração, que ainda não foram definitivamente dirimidas. Diante desse cenário, são feitas considerações críticas, mediante emprego do método dedutivo, acerca da limitação da coisa julgada pela competência territorial do órgão prolator da decisão, que permitem concluir pela sua incompatibilidade com o microsistema processual coletivo e, também, que ela representa barreira ao acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Coisa julgada. Competência territorial. Processo coletivo. Segurança jurídica. Acesso à justiça.

\* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), com bolsa CAPES. Especialista em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) (2018). Advogada no escritório Brasil Salomão e Matthes Advocacia. E-mail: <daniela.meca.adv@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0002-1587-2317>

\*\* Doutor (2008) e Mestre (2002) em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional da graduação e do programa de mestrado em direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Procurador do Estado de São Paulo. Árbitro. E-mail: <olavoferreira@hotmail.com>. <https://orcid.org/0000-0003-1067-4335>

## 1 INTRODUÇÃO

Em razão do reconhecimento dos direitos coletivos (*lato sensu*), foi necessário desenvolver a tutela coletiva de direitos, como forma de assegurar uma prestação jurisdicional adequada, porque as legislações processuais até então existentes foram pensadas apenas para os litígios individuais.

Por isso, o processo era insatisfatório para dirimir aqueles outros conflitos, em que o bem jurídico tutelado pertencia a toda uma coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas, ou ainda, àquelas demandas que, apesar de veicularem um direito autônomo, guardavam entre si uma relação de similitude e se repetiam.

A legislação processual foi se desenvolvendo até alcançar o que ficou conhecido como microssistema processual coletivo, o qual é formado pela aplicação conjunta da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor – por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/1985 combinado com o artigo 90 da Lei n. 8.078/1990 –, não obstante existirem outras normas que gravitam em torno desse microssistema, cuja aplicação é atraída conforme o objeto da demanda posto em juízo, *verbi gratia*, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), dentre outros.

O processo coletivo difere-se do processo individual quanto à legitimação, ao procedimento e, sobretudo, quanto à autoridade da coisa julgada, pois não seria possível prestar tutela jurisdicional adequada aos direitos coletivos (*lato sensu*), se a sentença tivesse autoridade somente entre as partes em que era dada, porque, caso assim o fosse, todos os titulares do direito teriam de estar no polo ativo da ação. Ocorre que algumas das espécies dos direitos coletivos possuem titulares indeterminados (difusos) ou indetermináveis (coletivos *stricto sensu*), o que acabaria por inviabilizar a presença de todos eles em juízo.

Para solucionar esse problema, houve ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas, para se estender *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme a natureza do direito tutelado no processo (CDC, art. 103) (BRASIL, 1990).

Desse modo, a tutela coletiva deu tratamento molecularizado aos conflitos, maximizando a proteção e a efetivação dos direitos.

Ocorre que essa expansão da autoridade da coisa julgada acabou por colidir com os interesses políticos no momento contemporâneo à implantação do Plano Real. Isso porque, com o início das privatizações, foram ajuizadas Ações Cíveis Públicas com pedidos liminares, que, quando concedidos, tinham abrangência em todo território nacional (em razão da natureza *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada) e acabava por inviabilizar os planos do Governo Federal.

Para que o novo modelo econômico não fosse frustrado, foram editadas sucessivas Medidas Provisórias que culminaram na promulgação da Lei n.9.494/1997, a qual alterou um dos dispositivos do microssistema – o artigo 16 da Lei n.7.347/1995 – para limitar a autoridade da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator.

Contudo, essa alteração é destoante de todo o resto do microssistema, notadamente,

o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, ela permanece até hoje em vigor, e sua aplicação ainda é controvertida na jurisprudência dos Tribunais, causando uma verdadeira situação de instabilidade jurídica.

Outra consequência dessa alteração é que o resultado favorável da demanda coletiva não mais beneficiará aqueles outros titulares do direito que residirem fora da competência territorial do órgão prolator, os quais terão de ajuizar outro processo, possibilitando, inclusive, que a questão seja julgada de forma diversa, ou seja, a coexistência de decisões conflitantes.

Diante de todas essas questões, o presente estudo tem por escopo investigar se a limitação territorial da coisa julgada pela competência do órgão prolator se constitui em óbice ao acesso à justiça.

Para tanto, serão adotadas como referencial teórico as proposições de Cappelletti e Garth (1998) sobre o acesso à justiça.

Já com relação à metodologia a ser empregada, o estudo se desenvolverá por meio de uma pesquisa bibliográfica, objetivando a análise crítica dos argumentos contrários e favoráveis à nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), empregando o método dedutivo. A importância da pesquisa é manifesta, considerando-se os precedentes dos Tribunais que serão analisados criticamente, visando a modificação da situação atual, que acarreta em grave comprometimento à efetivação dos direitos fundamentais por meio da ação civil pública.

A investigação será dividida em sete capítulos. Partiremos da superação da distinção romana entre o direito público e o privado. Após, serão apresentadas as espécies de direitos que podem ser tutelados pela via coletiva. Em seguida, com base em dados históricos, será demonstrada a importância do processo coletivo para concretização do acesso à justiça. No último tópico, será feito o delineamento das espécies e dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Com base nesses pressupostos, será possível examinar a atual redação do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985, a fim de se perquirir sobre a sua constitucionalidade e aplicabilidade, externando nosso entendimento.

## 2 A SUPERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO ROMANA DO DIREITO

Historicamente, os direitos foram divididos com base na classificação romana, entre público e privado, de modo que, se a relação jurídica existente se referisse às coisas do Estado (*publicam jus est quod ad statum rei monanae spectat*), recebia a classificação de Direito Público; enquanto, se o interesse fosse de um cidadão romano (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*), era denominada como Direito Privado (REALE, 2002, p. 339).

Almeida (2008, p. 388-391) esclarece os critérios que foram utilizados para justificar essa divisão entre Direito Público e Privado, organizando-os em quatro principais.

O primeiro critério observava a preponderância do interesse em jogo, de modo que

prevalecendo o interesse público, a relação deveria ser qualificada como de Direito Público. Do contrário, seria relação de Direito Privado.

Também existiu quem sustentasse que a divisão Público e Privado decorria da natureza jurídica das relações entre os sujeitos, de modo que, se houvesse uma relação de autoridade (do Estado) e subordinação (do sujeito), tratava-se do Direito Público. Porém, se fosse verificada uma relação de igualdade entre os sujeitos, era classificado como Direito Privado (SARMENTO, 2005, p. 31-32).

Outros argumentavam que, para qualificar uma relação como de Direito Público ou Direito Privado, bastaria verificar quais eram os sujeitos envolvidos, porque, naquela, haveria, necessariamente, a presença do Estado, enquanto nesta apenas particulares (PEREIRA, 2017, p. 27-29).

Já, para o quarto critério, as relações de Direito Privado representavam uma faculdade de direitos aos seus titulares, os quais poderiam exercê-los ou não, enquanto aquelas outras de Direito Público se traduziam na obrigatoriedade para os órgãos públicos de reestabelecerem as normas que foram violadas.

Almeida (2008, p. 388-391) criticou cada um desses critérios, sob o argumento de que eles seriam fechados e excludentes, não comportando os Direitos Coletivos, que denotariam um caráter de autoritarismo ou absolutismo em manter a relação de subordinação entre o Estado e o sujeito, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito; que existem direitos individuais que devem ser tutelados pelo Estado, tais como os direitos da criança e do adolescente em situação de risco; e, sobretudo, que nenhum desses critérios conciliava os planos da titularidade e da proteção com a efetivação dos direitos.

A partir da constatação de que a classificação do Direito entre Público e Privado já não mais servia para distinguir as relações sociais, surgiu uma Teoria Tricotômica a qual argumentava que entre o Direito Público e o Privado existiriam os interesses transindividuais.

Como adepto dessa teoria, Mazzilli (2014a, p. 27) sustenta o reconhecimento de “uma categoria intermediária de interesses que não são meramente individuais, porque transcendem os indivíduos isoladamente considerados, mas também não chegam nem a constituir interesse do Estado nem de toda a coletividade.”

Todavia, não prevaleceu, na doutrina, a existência de um *tertium genus*, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou a divisão de Direito Público e Privado, porém estabeleceu uma nova *summa divisio*, ou seja, a de Direito Coletivo e Direito Individual, sem que haja prevalência de qualquer uma delas e que, em caso de conflito, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade (ALMEIDA, 2008).

Nesse sentido, Venturi (2010, p. 182) afirma que foi em razão da “superção da *summa divisio* entre público e privado que os direitos difusos encontraram terreno para florescer.”

Almeida (2008, p. 430) justifica que essa nova divisão estaria enunciada na Carta Maior, por meio do Capítulo I, do Título II, que estabelece “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do artigo 5º, inciso LXXIII e do artigo 129, inciso III.

Também corroboraria com essa nova *summa divisio* o fato de que o Código de Defesa

do Consumidor trouxe, no *caput* de seu artigo 81, que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.” (BRASIL, 1990, *online*).

Desse modo, este trabalho adota a classificação de Almeida (2008, p. 397-418), não apenas por entendê-la harmônica com a Constituição Federal e com o microsistema processual coletivo, mas, sobretudo, em razão de suas consequências que potencializam a tutela jurisdicional, haja vista que essa nova divisão tem, em seu topo, a Constituição Federal como ponto de “união e de conformação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual”; como consequência, as exceções não serão mais pautadas nos privilégios do Poder Público, mas, sim, no Princípio da Isonomia; e, notadamente, porque ela tem como principal critério o plano da proteção e da efetivação de direitos.

### 3 OS DIREITOS COLETIVAMENTE TUTELADOS

Como exposto alhures, o Código de Defesa do Consumidor, atento à nova divisão do direito estabelecida pela Constituição Federal, conceituou, no parágrafo único de seu artigo 81, três espécies de direitos, a saber:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos [...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos [...] os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990, *online*).

Da leitura do dispositivo em comento, infere-se que os direitos difusos são identificados pela indivisibilidade de seu objeto e indeterminação dos seus titulares. Como exemplo dessa espécie, podemos citar o artigo 225 da Constituição Federal, que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Note-se que não há divisibilidade quanto ao seu titular, tampouco quanto ao seu objeto. Todos são titulares desse direito, inclusive as futuras gerações (direito intergeracional) e não é possível lesar, nem reparar o meio ambiente de forma individual.

Já os coletivos (*stricto sensu*), apesar de seu objeto também ser indivisível, diferenciam-se dos primeiros, porque seus titulares são determináveis. Mazzilli (2014b, p. 29) cita como exemplo um determinado grupo de indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva. Observa-se que é perfeitamente possível identificar os titulares, bastando, para isso, apurar todos os contratantes, bem como que a indivisibilidade do objeto é constatada no fato de que a retirada ou manutenção da cláusula abusiva atinge todas as vítimas de igual modo.

E, diversamente dos dois primeiros, os direitos individuais homogêneos têm objeto

perfeitamente divisível e titulares determinados ou determináveis. Na verdade, trata-se de direitos que poderiam perfeitamente ser buscados pela via individual, mas que em razão da mencionada homogeneidade – decorrentes da afinidade das lesões experimentadas por seus titulares – são tutelados pela via coletiva. Pode ser dado como exemplo o defeito de um lote de determinado brinquedo, porém os consumidores desse produto terão de demonstrar os danos por ele ocasionados e sua extensão.

Não obstante essa classificação ser *ope legis*, houve celeuma na doutrina quanto à forma de interpretá-la. O enfretamento das posições divergentes é importante porque o modo como o direito for classificado determinará qual será a extensão da coisa julgada nas demandas coletivas, por força do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Moreira (1991, p. 187) advogou a tese de que existem litígios essencialmente coletivos e litígios acidentalmente coletivos. São utilizados dois critérios para distingui-los: um subjetivo e outro objetivo.

Os primeiros, quanto ao critério subjetivo, referem-se a número indeterminado ou indeterminável de sujeitos e, no tocante ao critério objetivo, apresentam natureza indivisível, de modo que “é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem, ao mesmo tempo, satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade e vice-versa”. O autor acrescenta que “a solução será, por natureza, unitária, incindível” (MOREIRA, 1991, p. 187-188).

Por outro lado, os segundos não possuem a mesma indivisibilidade do objeto. Para elucidar, o autor exemplifica com uma fraude financeira que atinge elevado número de pessoas, argumentando que esse fenômeno tem dimensões distintas e que permite apreciação isolada, individual, no entanto poderá ser determinado que uns têm o direito à reparação e outros não, ou seja, a solução é perfeitamente cindível (MOREIRA, 1991, p. 188).

Em conformidade com essa posição, Zavascki (2017, p. 39-40) defende que existem os direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos, que não se confundem entre si. Para esse autor, o direito coletivo “é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*”, enquanto a defesa coletiva de direitos se refere ao modo de tutelar os direitos individuais homogêneos, que “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural [...], mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais.”

Nery Júnior (1992, p. 244-250), a seu turno, argumenta que o método classificatório dos direitos deve ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende (pedido e causa de pedir), porque o mesmo fato pode originar pretensões difusas, coletivas e individuais. O jurista cita como exemplo o acidente com o “Bateau Mouche IV” ocorrido no Rio de Janeiro, em decorrência do qual o Ministério Público poderia propor ação para interditar a embarcação a fim de evitar novos acidentes, tutelando o interesse difuso da vida e a segurança das pessoas abstratamente consideradas; a ação de obrigação de fazer intentada pelas empresas de turismo na proteção

de seu interesse coletivo da boa imagem desse setor da economia; e as indenizações de cada uma das vítimas do evento que representam os direitos individuais.

Em sentido contrário, Bedaque (2011, p. 34-36) critica a tese de Nery, argumentando que ela denota um “processualismo exacerbado”, bem como que ela “desconsidera o objeto na construção do instrumento.” Bedaque (2011, p. 35) defende que “é o tipo de direito que determina a espécie da tutela”, além de ressaltar a autonomia entre o direito material e o processual, porque “o interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo, independentemente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir.”

Compartilhamos do entendimento de Bedaque (2011), porque ele está em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, o qual, sem fazer qualquer alusão ao pedido e à causa pedir, definiu as espécies dos direitos que podem receber tutela coletiva.

#### 4 O PROCESSO COLETIVO COMO ELEMENTO CONCRETIZADOR DO ACESSO À JUSTIÇA

Loureiro (2004, p. 66) bem assevera que as discussões sobre o “acesso à justiça” são relevantes desde o momento em que foi atribuído ao Estado o poder de solucionar os conflitos, eliminando a autotutela, pois já haveria aí a necessidade de se investigar sobre a forma como a jurisdição seria exercida, as regras de organização da administração da justiça e o processo como instrumento para efetivação desse acesso.

Todavia, num primeiro momento, o Estado, marcadamente liberal, preocupou-se em somente assegurar a via do acesso, isto é, a previsão em lei de que as pessoas poderiam acionar o Poder Judiciário para dirimir determinado conflito, sem que fosse perquirida a qualidade dessa tutela e se ela era igualmente acessível a todos.

Na década de 70, iniciou-se, em Florença, um movimento para apurar quais eram os obstáculos enfrentados por aqueles que buscam a Justiça, o qual ficou conhecido como “*The Florence Access-to-Justice Project*” e cujos resultados foram publicados por Cappelletti e Garth (1998) na obra “Acesso à Justiça”.

Esses juristas dirigiram seus estudos a partir de duas premissas: o sistema deveria ser igualmente acessível a todos, e ele deveria produzir resultados que fossem individuais e socialmente justos. Além de reconhecerem o acesso à justiça como “o mais básico dos direitos humanos dentro de um sistema jurídico igualitário, cujo objetivo fosse garantir, e não apenas proclamar direitos.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12).

Cappelletti e Garth (1998) organizaram os obstáculos a serem superados para efetivação do acesso à justiça e cujas soluções foram apresentadas em três “ondas renovatórias”, dentre as quais, a segunda dirigia-se à representação dos interesses difusos em juízo.

A partir de então, o acesso à justiça pode ser visto tanto sob a perspectiva do acesso

ao Poder Judiciário, quanto sob o ponto de vista do acesso à tutela jurisdicional adequada, porém aquele é pressuposto desta, porque, sem que haja a possibilidade de se buscar a intervenção do Poder Judiciário, não é possível se pensar em prestação jurisdicional efetiva.

No tocante à história brasileira, temos que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 limitava a intervenção do Poder Judiciário à lesão a direito individual,<sup>1</sup> negando a tutela preventiva e a proteção aos direitos coletivos *lato sensu*, o que se manteve na Constituição de 1967,<sup>2</sup> na emenda constitucional de 1969<sup>3</sup> e que só foi modificado com o advento da Carta de 1988, não obstante já termos, em 1965 e 1985, a defesa de alguns direitos coletivos (*lato sensu*) por meio da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985).

Ocorre que a Lei da Ação Popular reprime a violação de direitos difusos decorrentes de ato do Poder Público, deixando de tutelar aquelas lesões praticadas por particulares.

Em razão disso, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, atentos para o fato de que no direito alienígena já havia alguma proteção aos direitos coletivos mediante propositura da *class actions*,<sup>4</sup> elaboraram o anteprojeto daquilo que viria a ser a Ação Civil Pública (LOUREIRO, 2004, p. 114).

Por conseguinte, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, todos membros do Ministério Público, deram sequência ao estudo do tema e elaboraram a tese “A Ação Civil Pública”, utilizada para elaboração de um novo anteprojeto que culminou na aprovação da Lei n. 7.347/1985 (LOUREIRO, 2004, p. 114-116).

Após, em 5 de outubro de 1988, ocorreu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, assegurando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (art. 5º, XXXV). (BRASIL, 1988, *online*).

Houve verdadeira ampliação da tutela com a inclusão da palavra “ameaça” e retirada da expressão “direito individual” que constava nas constituições anteriores, passando-se a reconhecer a tutela preventiva e a proteção a qualquer direito, individual ou coletivo, em conformidade com o seu Título II, Capítulo I, que enuncia “dos direitos e deveres individuais e coletivos” dentre suas garantias fundamentais, corroborando a afirmação feita no item “2” de que a Carta Magna de 1988 estabeleceu uma nova *summa divisio*.

Note-se que até este momento, a tutela coletiva de direitos destinava-se apenas aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) o diploma que ampliou o processo coletivo para nele compreender a defesa dos direitos individuais (art. 81, parágrafo único, inciso III), quando qualificados pela homogeneidade, conforme exposto no item “3” do presente estudo.

Gajardoni (2016, p. 136-137) comenta que a tutela coletiva dos direitos individuais decorre de uma escolha legislativa com vistas à uniformidade das decisões, evitando-se o “efeito loteria”; a diminuição dos custos econômicos e temporais, havendo racionalidade em processar uma demanda coletiva ao invés de várias individuais; economia processual; e a molecularização dos conflitos, isto é, uma visão global do fenômeno e de seus desdobra-

mentos sociais econômicos.

Thamay (2011, p. 263) acrescenta que as ações coletivas “trouxeram maior acesso ao Poder Judiciário a milhares de cidadãos que antes não chegavam ao Judiciário para buscar e proteger seus direitos.”

Sobreleva-se, também, o fato de que o Código de Defesa do Consumidor determinou, em seu artigo 90, que as normas referentes à tutela coletiva de direitos (Título III) fossem aplicáveis à Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e, para que houvesse perfeita harmonização, alterou o artigo 21 dessa lei para nela prever a aplicação daquele código, de modo que uma fizesse alusão à outra.

Em razão disso, nascia, no Brasil, o microsistema processual coletivo, composto essencialmente pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (conforme artigo 19 da Lei n. 7.347/1985) e outras leis esparsas, conforme o direito a ser representado em juízo (idoso, criança, meio ambiente etc.).

Conseqüentemente, a doutrina passou a reconhecer que as ações coletivas representariam um instrumento efetivo para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, porque, por meio dela, os obstáculos com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes seriam superados (MENDES, 2014, p. 37).

A legislação brasileira sobre processo coletivo se mostrou tão avançada que passou a influenciar os demais países da América Latina. Em 2004, foi aprovado, em Caracas, o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, o qual serviu de inspiração para os países vizinhos e contou com a contribuição dos juristas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, 2014, p. 185).

Como reflexo disso, surgiam, no Brasil, nos anos de 2004 e 2005, duas versões de anteprojeto de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, sendo um coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover junto ao programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo e o outro, pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes com a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ) e a Estácio de Sá (MENDES, 2014, p. 208).

Subseqüentemente, em 2008, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, formou uma Comissão Especial composta por juristas, representantes da magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e advogados para discutirem propostas de modernização de normas materiais e processuais em matéria coletiva. Essa Comissão optou, em 2009, por formular uma Nova Lei de Ação Civil Pública, a qual, contemplando disposições dos dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo, seria o instrumento que unificaria as ações coletivas e que revogaria todas as disposições pertinentes ao tema dos vários outros diplomas (Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 7.347/1985, dentre outros).

O anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009) recebeu, na Câmara de Deputados, contraditoriamente, parecer pela sua constitucionalidade, juridicidade e boa

técnica legislativa, mas que, no mérito, opinava-se pela sua rejeição e, por isso, ele não se transformou em Lei.<sup>5</sup>

Constaram, no parecer vencedor como motivação da rejeição do PL 5.139/2009, os seguintes argumentos:

[...] a proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.

[...]

Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos (BRASIL, 2010, *online*).

Verifica-se, com a devida vênia, que os deputados desconheciam a relevância dos direitos que estão em jogo no processo coletivo e o princípio da igualdade material, segundo o qual se deve tratar desigualmente os desiguais, como, a título de exemplo, a assimetria que é verificada entre uma grande empresa poluidora e a coletividade, bem como entre os consumidores e as instituições financeiras, fatos que requerem aplicações de normas protetivas e que sejam hábeis a restabelecer a equidade.

Salta aos olhos que a rejeição se deu por critérios políticos, notadamente o temor com a atuação do Ministério Público.

Ora, a constituição de crime pela não apresentação dos documentos solicitados em Ação Civil Pública seria norma perfeitamente harmônica com a regra constitucional que impõe ao Ministério Público o dever de promover as medidas necessárias para a efetiva garantia dos direitos assegurados na Constituição, nos quais se inserem os coletivos (CF, art. 129, inciso II). Sendo imperioso lembrar que o *parquet* é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 127, *caput*).

Além disso, o § 1º do artigo 11 do anteprojeto de nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009)<sup>6</sup> também permitia que o autor da demanda coletiva propusesse a ação desacompanhada dos documentos, e o juiz, analisando os motivos do não fornecimento, poderia requisitá-los.

Portanto, a norma era perfeitamente compatível com o artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973 – e que foi reproduzida no atual Código, em seu artigo 378 – segundo a qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” (BRASIL, 1973, *online*). Verifica-se, desse modo, a precariedade dos argumentos que fundamentaram a rejeição do Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009).

## 5 COISA JULGADA

O processualista Zufelato (2011, p. 26) assevera que a atividade jurisdicional se desenvolve objetivando a pacificação social dos conflitos.

Nisso verificamos a instrumentalidade do processo, porque ele não é um fim em si mesmo, mas busca resolver uma dada situação de instabilidade existente na sociedade ou uma crise de incerteza sobre determinada relação jurídica, haja vista “que a lide pendente é um fator desestabilizante e desagregador do tecido social.” (MANCUSO, 2007, p. 123).

Essa pacificação social dos conflitos é assegurada pelo instituto da coisa julgada (*res iudicata*), a qual pode ser conceituada como “à projeção para o futuro da obrigatoriedade e vinculação do *decisum*.” (ZUFELATO, 2011, p. 28).

A coisa julgada se divide em material e formal, conforme classifica Mancuso (2007, p. 123) como espécies do gênero preclusão.

Por coisa julgada formal entendemos o fenômeno que ocorre quando da sentença não caiba mais recurso, sem, contudo, obstar o ajuizamento de nova e idêntica demanda. E, por isso, ela não se presta à estabilização das relações sociais.

Em contrapartida, a coisa julgada material é definida pela lei como a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (CPC/2015, art. 502) (BRASIL, 2015, *online*) e é essa espécie que emprega o caráter de definitividade à solução dada ao conflito.

Verifica-se que o atual Código de Processo Civil corrigiu o equívoco do diploma anterior, o qual conceituava a coisa julgada material como “a *eficácia*, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (CPC/1973, art. 467) (BRASIL, 1973, *online*) e encampou a clássica Teoria de Liebman (2006, p. 5) sobre a coisa julgada.

Zufelato (2011, p. 32), explicando a Teoria de Liebman, afirma que “a sentença produz *efeitos* para todos, *erga omnes*, portanto, pois o exercício jurisdicional é dotado dessa eficácia natural, enquanto ato estatal que é.” E o autor acrescenta que a *autoridade da coisa julgada* “é a qualidade que se agrega aos efeitos da sentença para torná-los imutáveis” entre as partes em que é dada.

Verifica-se que a Teoria de Liebman trata dos limites subjetivos da coisa julgada, bem como que ela é aplicada apenas aos processos individuais, não servindo às demandas coletivas, tanto porque nestas há indivisibilidade do objeto tutelado (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*), quanto em razão do tratamento molecularizado dos conflitos semelhantes (direitos individuais homogêneos).

Dessa forma, nas ações individuais, a autoridade da coisa julgada se opera inter partes, nos moldes do artigo 506 do Código de Processo Civil<sup>7</sup>, e *pro et contra*, isto é, a decisão será imutável independentemente do resultado da lide ou de qualquer outra circunstância.

Situação diversa ocorre nos processos coletivos, porque nestes os limites subjetivos da coisa

julgada são delineados pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) – o qual será examinado no item “6” – e, também, pelos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, os quais disciplinam a *autoridade da coisa julgada* conforme o direito tutelado em juízo.

Com efeito, nos direitos difusos, a autoridade da coisa julgada será *erga omnes* (CDC, art. 103, inciso I), enquanto, nos direitos coletivos *stricto sensu*, a autoridade da coisa julgada opera-se *ultra partes*, mas limitada ao grupo, categoria ou classe (CDC, art. 103, inciso II), sendo ambas as regras excepcionadas, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação.

Desse modo, verifica-se que, nas demandas coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a autoridade da coisa julgada dependerá sempre do resultado da lide (*secundum eventum litis*) e a sua intangibilidade, com relação aos legitimados, estará condicionada à inexistência de prova nova (*secundum eventum probationis*). Assim, caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de prova, qualquer legitimado poderá propor outra ação, com base em prova nova.

Situação diversa é a dos direitos individuais homogêneos, para os quais a lei estabelece que a decisão apenas será imutável em caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (CDC, art. 103, inciso III). Dessa forma, a autoridade da coisa julgada é, exclusivamente, condicionada ao resultado favorável da lide (*secundum eventum litis*) e não se formará em caso de improcedência da demanda, independentemente da insuficiência probatória (NERY JÚNIOR, 2016, p. 84).

O tratamento diferenciado da coisa julgada nas demandas coletivas resulta de uma escolha legislativa, em razão da indivisibilidade do objeto da demanda (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) que não comporta qualquer cisão e, também, da relevância social dos direitos tutelados pelo processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos). Nessa perspectiva, a coisa julgada *secundum eventum litis* evita que a existência de conluio entre os legitimados e a parte contrária prejudique os titulares do direito que não participaram do processo (MANCUSO, 2016, p. 389).

Concordamos com a afirmação de Zufelato (2011, p. 272) de que a técnica legislativa empregada no regime da coisa julgada das demandas coletivas (se considerada a redação original do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública) observa a realidade brasileira e privilegia o acesso à justiça.

É importante observar, ademais, que diversamente do modelo brasileiro, na *class action* do direito norte-americano, os titulares do direito apenas não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, quando demonstrarem que não houve representação adequada ou que a notificação não foi suficientemente apropriada, de modo que fora dessas duas hipóteses, a coisa julgada se formará *pro et contra* (LEAL, 2014, p. 237).

Ocorre que, no Brasil, a sentença de mérito desfavorável em processo coletivo, em regra, não prejudica os titulares do direito que poderão ajuizar demandas individuais. Pois, aqui, a notificação tem outras finalidades, ou seja, oportunizar que os autores requeiram a suspensão

de suas demandas individuais para aguardarem o julgamento da demanda coletiva e, sendo esta favorável, beneficiarem-se da extensão da autoridade da coisa julgada (CDC, arts. 97 e 104) – é o chamado transporte *in utilibus* da decisão (CDC, arts. 103, §§ 1º e 3º e 104) – ou ainda, para requererem sua intervenção no processo como litisconsortes (CDC, art. 94). (BRASIL, 1990).

Conseqüentemente, os titulares do direito somente serão prejudicados em três hipóteses: i) quando intervirem como litisconsortes em demanda coletiva que tutele direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* e sobrevindo sentença coletiva de improcedência, não surja prova nova (CDC, art. 103, incisos I e II); ii) quando intervirem como litisconsortes em demanda coletiva que tutele direitos individuais homogêneos e sobrevenha sentença de improcedência, independentemente de seu fundamento (CDC, art. 103, § 2º); e iii) quando forem notificados da existência de demanda coletiva e não requererem a suspensão de sua demanda individual, sendo esta posteriormente julgada improcedente, o titular do direito não poderá se beneficiar da eventual sentença favorável proferida na ação coletiva (CDC, art. 104). (BRASIL, 1990).

Registre-se, por fim, que, com relação aos limites objetivos da coisa julgada, a doutrina é unânime em afirmar que ela se restringe à parte dispositiva da sentença, compreende-se nesta tudo quanto o juiz tenha resolvido sobre os pedidos feitos pelas partes (MANCUSO, 2007, p. 226-227).

## 6 ARTIGO 16 DA LEI N. 7.347/1985

### 6.1 ORIGEM DA REFORMA LEGISLATIVA

A extensão dos limites subjetivos da coisa julgada permaneceu inalterada de 1985 até 1997. Durante esse período, a coisa julgada era regulamentada pelos artigos 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e 103 e 104, estes do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), conforme exposto no item anterior.

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública tinha, originariamente, a seguinte redação: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (BRASIL, 1985, *online*).

Da leitura desse dispositivo, verifica-se que ele era perfeitamente harmônico com a redação do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Tudo caminhava bem, até serem proferidas decisões contrárias aos interesses do Poder Executivo. Isso porque foram instauradas Ações Cíveis Públicas em diversos Estados para obstarem a privatização de algumas empresas públicas, *verbi gratia* a Telebrás e a Vale do Rio Doce (LENZA, 2003, p. 263-264), e, também, para solucionar o pagamento de salários dos funcionários públicos (MORAES, 2000, p. 156). Em razão da abrangência da coisa julgada nas demandas coletivas (*erga omnes* ou *ultra partes*), as decisões proferidas, inclusive as limi-

nares, tinham abrangência nacional. Chegando a questão ao Superior Tribunal de Justiça, esta Corte manteve a autoridade *erga omnes* dos julgados e, aplicando as regras de prevenção, extinguiu as ações concomitantes.

Assim, para evitar que a implantação de novas políticas econômicas continuasse sendo obstada pelo Poder Judiciário, o Executivo Federal editou a Medida Provisória 1.570, de 26.03.1997, que, após cinco reedições, foi convertida na Lei n. 9.494/1997, a qual alterou a redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, para limitar a autoridade da coisa julgada aos “limites da competência territorial do órgão prolator” e, com isso, impedir que as decisões proferidas tivessem alcance nacional.

As mudanças não pararam por aí, pois a Medida Provisória n. 2.180-35 de 2001 acrescentou o art. 2º-A à Lei n. 9.494/1997 para limitar ainda mais os limites subjetivos da coisa julgada, restringindo-os aos associados que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (*caput*). E, ainda, as demandas coletivas propostas contra os entes políticos, e as suas autarquias e fundações passaram a ter que ser instruídas com a relação nominal dos associados representados e os seus respectivos endereços (parágrafo único).

Diante desse contexto, Almeida (2011, p. 228-229) verberou que:

O governo usou o seu poder de império para alterar a legislação da maneira como lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva – a coisa julgada –, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos, contribuintes, funcionários públicos.

## 6.2 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE

Desde que o artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 recebeu nova redação pela Lei n. 9.494/1997, surgiram várias opiniões divergentes, na doutrina e na jurisprudência, acerca de sua constitucionalidade e aplicabilidade, as quais ainda não foram solucionadas.

A primeira posição doutrinária defende a constitucionalidade e aplicabilidade da limitação da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator, para as três espécies de direitos tutelados pela via coletiva. Como expoentes dessa posição, encontramos José dos Santos Carvalho Filho, Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel Willian Granado.

Carvalho Filho (1999, p. 393-394) argumenta que pode haver críticas quanto à opção política do legislador, mas que elas não podem inquinare o dispositivo do vício de inconstitucionalidade, pois, para o autor, o que se pretendeu foi “demarcar a área em que poderão ser produzidos esses efeitos, tomando em consideração o território dentro do qual o juiz de primeiro grau tem competência para processamento e julgamento desses efeitos.”

No mesmo sentido, Alvim, Thamay e Granado (2014, p. 410) argumentam que a limitação introduzida no artigo 16 da Lei 7.347/1985 é norma expletiva<sup>8</sup> do próprio sistema.

Por conseguinte, há uma posição intermediária, cujos integrantes advogam o entendimento de que a referida limitação territorial seria aplicável a somente algumas das espécies dos direitos que são coletivamente tutelados.

Zavascki (2017, p. 73) pode ser apontado como adepto dessa posição, o qual – realizando uma interpretação que ele chamou de sistemática e construtiva – reconhece a aplicação do artigo 16 da Lei 7.347/1985 somente para os direitos individuais homogêneos, em que a sentença poderia ser cindível em razão da divisibilidade desses direitos, ou seja, o critério metodológico que foi utilizado é o da natureza do objeto.

Curiosa é a posição defendida por Leal (2014, p. 209-284) que, embora admitindo que a restrição imposta pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública atenta contra a lógica de acesso à Justiça das ações coletivas, sustenta que essa limitação seria aplicável às ações que tutelam direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, em razão da possibilidade de individualização dos beneficiários da sentença. O autor cita como exemplo uma ação proposta pela Associação Paranaense de Direitos do Consumidor – APADECO para discutir os expurgos inflacionários de cadernetas de poupança, em que seriam apenas beneficiados pela sentença os correntistas do Estado Paraná, admitindo a existência de outras ações paralelas, divididas por grupos regionalizados. Para Leal, eventuais decisões conflitantes seriam pacificadas nas instâncias superiores. Verifica-se que, aqui, foi adotada a possibilidade de determinação dos titulares do direito como critério.

A terceira posição que, na doutrina, recebe maior acolhida, sustenta a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 com a redação dada pela Lei n. 9.494/1997 e, também, a sua total ineficácia.

Nery Júnior (1999, p. 168-171) argumenta que esse dispositivo está eivado do vício da inconstitucionalidade, tanto em seu aspecto formal quanto em seu aspecto material. Formal, porque a alteração teve origem em uma medida provisória que foi editada sem urgência e relevância. E, material, porque viola o direito de ação, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade das leis.<sup>9</sup> O autor acrescenta que o artigo 16 não tem eficácia, porque não foi alterado o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, Nery conclui que uma sentença coletiva tem valor em todo território nacional, porque o problema não reside na competência (quem proferiu a sentença), mas nos limites subjetivos da coisa julgada (quem é pela sentença atingido), o que é determinado pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, Mendes (2014, p. 278) afirma a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, porque afronta o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. Além disso, o autor assevera que, com o advento do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 16 da Lei 7.347/1985 foi inteiramente revogado, por força da parte final do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de modo que a Lei 9.494/1997 modificou dispositivo que já não estava mais em vigor.

Camilo Zufelato e Rodolfo de Camargo Mancuso são os autores que melhor examinam a questão, sob a ótica das finalidades do processo coletivo.

Com efeito, Mancuso (2007, p. 398) adverte que o comando judicial deve ser uniforme e unitário por toda a extensão do interesse metaindividual tutelado na ação, sob pena de o conflito ser pulverizado em várias demandas individuais (atomizado), o que privaria que a tutela judicial fosse prestada em sua dimensão coletiva.

Zufelato (2011, p. 472), a seu turno, ressalta que “a extensão dos efeitos da coisa julgada representa uma grande arma para a efetividade do processo coletivo, sem desprezar os princípios constitucionais, pois consolida a substituição de inúmeras demandas individuais por uma única coletiva, sempre em benefício dos lesados” e arremata consignando que “restringindo os efeitos da coisa julgada, a Lei restringe a prestação jurisdicional”.

A incerteza sobre o tema, revela-se maior no âmbito da jurisprudência dos Tribunais, conforme passaremos a expor.

Em 2008, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 411.529/SP, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se posicionou, por maioria de votos, no sentido de que o artigo 16 da Lei 7.347/1985, não poderia ser aplicado aos direitos individuais homogêneos, em razão da previsão do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>10</sup>

Todavia, em face desse acórdão, foram opostos embargos de divergência e a 2ª Seção da Corte, por unanimidade, reformou a decisão para limitar a sentença proferida em Ação Civil Pública à competência territorial do órgão prolator, aplicando indistintamente o artigo 16 da Lei 7.347/1985.<sup>11</sup>

A questão parecia ser solucionada com o julgamento do recurso especial representativo de controvérsia nº 1.243.887, no qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, afastou o dispositivo em comento, por entender que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.” (BRASIL, 2011, *online*).

Porém, após, continuaram a existir decisões que aplicaram o artigo 16 da Lei n. 7.347/1985.<sup>12</sup>

Ainda, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema n. 499 da repercussão geral, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997,<sup>13</sup> fixando a seguinte tese jurídica:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento (BRASIL, 2017, p. 7).

A questão foi levada à Corte Suprema por meio de ação coletiva proposta contra a União, a qual tinha por objeto a repetição de valores descontados a título de imposto de

renda de servidores, incidente sobre férias não usufruídas por necessidade do serviço. O mais espantoso é que a discussão acerca dos limites da coisa julgada foi levantada em sede de cumprimento de sentença, no qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou a necessidade de a execução ser instruída com documentação comprobatória de filiação do associado em momento anterior ou até o dia do ajuizamento da ação de conhecimento. Em face dessa decisão, foi interposto Recurso Extraordinário, que, dentre outras matérias, alegava a inconstitucionalidade do artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997.

Ocorre que, em decorrência da tese jurídica fixada – que é de aplicação obrigatória, nos moldes do inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil – poderão se beneficiar da autoridade da coisa julgada aqueles que tenham, até a data da propositura da ação de conhecimento, residência no âmbito da jurisdição do órgão prolator e, cumulativamente, estejam filiados à Associação autora da demanda coletiva.

Note-se que a mesma consequência decorreria da aplicação do artigo 16 da Lei 7.347/1995, porque exigir que os beneficiários tenham “residência no âmbito da jurisdição do órgão prolator” tem a mesma implicação prática que restringir os limites subjetivos da coisa julgada “a competência territorial do órgão prolator”. (BRASIL, 1985).

Assim, no caso examinado pelo STF, somente poderão executar a sentença aqueles servidores que residam no âmbito da competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e que sejam filiados à Associação autora da demanda coletiva.

Como corolário, aqueles outros servidores, que, apesar de terem sofrido a mesma retenção indevida de imposto de renda, mas que residam em outro local e/ou que não estejam filiados à Associação e/ou que se filiaram no curso da demanda, serão obrigados a proporem nova ação de conhecimento.

Não se perca de vista que o artigo 2º-A da Lei n. 9.494/1997 tem origem naquelas séries de Medidas Provisórias tomadas em favor dos interesses fazendários, conforme exposto no item “6.1”, o que nos permite afirmar, permissa vênua, que a decisão do Supremo Tribunal Federal é eminentemente política e que se afastou das diretrizes do processo coletivo, notadamente, do tratamento molecularizado do conflito.

### 6.3 POSIÇÃO ADOTADA

Comungamos do entendimento de Nery Júnior (1999), Mendes (2014), Zufelato (2011) e Mancuso (2007), no sentido de ser inconstitucional e inaplicável o artigo 16 da Lei 7.347/1985 (com a redação dada pela Lei n. 9.494/1997).

Quanto à inconstitucionalidade, entendemos que a limitação da coisa julgada pela competência do órgão prolator fere o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao impor tratamento diferenciado aos indivíduos que não obstante residirem em locais diferentes, encontram-se, pela violação do direito, em situações semelhantes; bem como porque, ao impedir que os indivíduos se beneficiem da sentença favorável coletiva, o artigo 16 da Lei n.

7.347/1985 (com a redação dada pela Lei n. 9.494/1997) se constitui em obstáculo ao acesso à justiça, entendida sob a perspectiva da tutela jurisdicional adequada.

Já com relação à ineficácia, ela é decorrente da incompatibilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública com toda a sistemática da tutela coletiva, acabando por inviabilizar sua própria finalidade: o tratamento molecularizado dos conflitos. Prova disso é que o anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL n. 5.139/2009) previa, em seu artigo 32, que “a sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.” (BRASIL, 2010, *online*).

Além disso, a garantia constitucional da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) ganhou destaque no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o qual aplicou a técnica de vinculação obrigatória dos precedentes (art. 927) e do julgamento por atacado, como a decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Repetitivos (art. 928), os quais autorizam a suspensão de todas as demandas, incluindo-se as coletivas, para posterior aplicação da tese jurídica fixada (arts. 982, I e § 3º; 985; 987; 1.035, § 5º), ou seja, a decisão tomada como base em demandas individuais será aplicada às demandas coletivas.

Grinover (2017, p. 20-24) ressalva, contudo, que as técnicas anteriormente mencionadas se destinam a “agrupar demandas e julgar algumas delas por amostragem, aplicando às demais, que ficam suspensas, a mesma tese (exclusivamente de direito). As ações ainda são individuais e as decisões, embora uniformes, só operam *inter partes*.” É, por isso, que a autora conclui destacando que “embora o incidente de resolução de demandas repetitivas possa ser aplicado para casos futuros, haverá um julgamento novo para cada caso repetitivo que aparecer.”

Consequentemente, se revela muito mais razoável, que, com a ocorrência de lesão a um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, seja proposta uma ação coletiva e que a decisão nela proferida faça coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, nos moldes do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, ao invés de se esperar pela proliferação de demandas, para na via individual pacificar a questão, por meio do sistema de vinculação obrigatória dos precedentes (CPC, artigos 926 a 928). A adoção da tese ora defendida acarretará a prevalência da tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV) de forma mais célere que a tese contrária.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova *summa divisio* foi instaurada para classificar os direitos em coletivos e individuais, conciliando o plano da titularidade com o da proteção e da efetividade.

Desse modo, verificou-se a existência de conflitos coletivos, que, por abrangerem uma coletividade, classe ou um grande número de pessoas, não poderiam receber tutela jurisdicional adequada pelas regras do processo individual, mas que reclamavam um tratamento molecularizado do fenômeno.

Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor surgiu como um importante diploma para o aperfeiçoamento da tutela coletiva de direitos e, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), formou um microsistema de processo coletivo.

A partir de então, o Brasil passou a ter uma moderna legislação de processo coletivo, notadamente, em razão do tratamento dispensado à coisa julgada.

Todavia, o Poder Executivo se sentiu ameaçado e editou a Medida Provisória n. 1.570, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/1997, para restringir a extensão do julgado aos limites da competência territorial do órgão prolator. O que, em última análise, constituiu-se em um obstáculo ao acesso à justiça.

Subsequentemente, uma comissão especial de juristas se reuniu e elaborou um anteprojeto de uma nova Lei da Ação Civil Pública, a qual, dentre outras medidas, impediria qualquer tentativa de restringir os limites da coisa julgada (PL n. 3.139/2009, art. 32). Contudo, conforme desenvolvido no item “4”, os esforços foram frustrados com a rejeição do projeto de lei.

Registre-se, ainda, que o Poder Judiciário ainda não resolveu a questão de forma definitiva, pois o Supremo Tribunal Federal declarou, via controle difuso,<sup>14</sup> a constitucionalidade do artigo 2º-A da Lei n. 9.494/1997, contrariando a posição do Superior Tribunal de Justiça, firmada em sede de recurso especial representativo de controvérsia nº 1.243.887, o qual já havia afastado as limitações previstas no artigo 16 da Lei n. 7.347/1.985, sendo que ambos os dispositivos levam a mesma consequência prática, conforme demonstrado alhures. Assim, nem mesmo a aplicação da jurisprudência das Cortes Superiores é capaz de dirimir a celeuma quanto à extensão da coisa julgada.

Por isso, mostra-se correta a afirmação de que o Brasil ainda vive uma situação de incerteza, dando ensejo a decisões de cunho político e ao casuísmo.

Diante do exposto, concluímos que a solução para o problema será de *lege ferenda*, com a revogação expressa do artigo 16 da Lei 7.347/1985 e, também, da Lei n. 9.494/1997, pondo termo às decisões conflitantes, nos moldes do artigo 2º, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.<sup>15</sup>

Contudo, os entraves para as mudanças legislativas já foram denunciados por Grinover (2017, p. 213-218): elas não ocorrem, principalmente, “por falta de vontade política”.

## TERRITORIAL LIMITATION OF RES JUDICATA AS AN OBSTACLE TO ACCESS TO JUSTICE

### ABSTRACT

The discussion of legitimacy and *res judicata* is a sensitive issue to collective actions. This study aims to analyze the *res judicata* of collective action lawsuits, whose debate is justified because it reflects the impacts of this process in the real world. The scope of *res judicata* in collective action

lawsuits was broadened to operate *erga omnes* or *ultra partes* (original wording of the article 16 of Law 7.347/1985 and the article 103 of Law 8.078/1990) in order to avoid the increase of lawsuits involving the same matter or relief and on the same legal grounds, besides reducing the risk of contradictory decisions. However, Law 9.494/1997, which is still in force, amended the article 16 of the Law of Public Civil Action (Law 7.347/1985) to limit the *res judicata* to the territorial jurisdiction of the respective court. Since then, there has been a lot of confusion about the doctrine and Brazilian jurisprudence regarding the constitutionality, effectiveness and applicability of this amendment, an issue that has not yet been definitively settled. In the light of this scenario, and by applying the deductive method, critical considerations are made about the limitation of *res judicata* in the territorial jurisdiction of the competent court that rendered the decision. The conclusion is that this is incompatible with the Brazilian micro system of collective actions, and also that this represents an obstacle to access to justice.

**Keywords:** Res Judicata. Territorial jurisdiction. Collective action lawsuit. Legal certainty. Access to justice.

## LA LIMITACIÓN TERRITORIAL DE LA COSA JUZGADA COMO OBSTÁCULO AL ACCESO A LA JUSTICIA

### RESUMEN

Las acciones colectivas tienen como puntos sensibles a la discusión acerca de la legitimidad y de la cosa juzgada. El presente estudio tiene como objetivo el análisis de esta última, cuyo debate se justifica porque la cosa juzgada refleja las consecuencias del proceso en el mundo real. La cosa juzgada en las demandas colectivas tuvo su extensión ampliada para operarse *erga omnes* o *ultra partes* (redacción original del art. 16 de la Ley n. 7.347/1985 y el art. 103 de la Ley n. 8.078/1990), teniendo como objetivo evitar la multiplicación de demandas con el mismo pedido y causa de pedir y la existencia de decisiones conflictivas. Ocurre que la Ley n. 9.494/1997, hasta hoy en vigor, alteró el artículo 16 de la Ley de Acción Civil Pública (Ley n. 7.347/1985) para limitar la cosa juzgada a la competencia territorial del órgano promulgador. Desde entonces, surgieron grandes polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia patria en cuanto a la constitucionalidad, eficacia y aplicabilidad de esta alteración, todavía no han sido definitivamente dirimidas. Ante este escenario, son hechas consideraciones críticas, mediante empleo del método deductivo, acerca de la limitación de la cosa juzgada por la competencia territorial del órgano promulgador de la decisión, que permiten llegar a la conclusión de su incompatibilidad con el microsistema procesual colectivo y, también, que ella representa una barrera al acceso a la justicia.

**Palabras clave:** Cosa juzgada. Competencia territorial. Proceso colectivo. Seguridad jurídica. Acceso a la justicia.

- 1 Rezava o § 4º do artigo 141 que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” (BRASIL, 1946, *online*).
- 2 Cf. art. 150, § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” (BRASIL, 1946, *online*).
- 3 Que renumerando para o artigo 153, § 4º, manteve inalterado o seu teor.
- 4 Nesse sentido: Pedro da Silva Dinamarco afirma que as class actions têm origem no Bill of Peace, do direito inglês, desde o século XVII, cujo caso mais famoso foi o Brow vs. Vermuden, de 1676, em que os mineradores discutiam o imposto cobrado pela igreja. (DINAMARCO, 2001, p. 24-25 apud LOUREIRO, 2004 p. 111-112).
- 5 Nesse sentido: (BRASIL, 2010).
- 6 Previa o § 1º do artigo 11 do Projeto de Lei n. 5.139/2009 que: “Não fornecidas as certidão e informações referidas no *caput*, poderá a parte propor a ação desacompanhadas destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.” (BRASIL, 2010, *online*).
- 7 Estabelece o art. 506: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.” (BRASIL, 2015, *online*).
- 8 Expletivo é a palavra ou expressão que é desnecessária ao sentido da frase, mas que lhe dá mais força ou graça – cf. (FERREIRA, 2010, p. 901) –. Assim, concluímos que, para os mencionados autores, a norma expletiva é aquela que não precisava constar no texto, porque é corolário de uma interpretação sistemática.
- 9 Sobre o conceito e a distinção entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, confira-se a obra: (FERREIRA, 2009. p. 155-169).
- 10 STJ, 3ª Turma, REsp 411.529/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.06.2008, DJe 05.08.2008.
- 11 STJ, 2ª Seção, EREsp 411.529/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.03.2010, DJe 24.02.2010.
- 12 Cf. STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.134.957/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2012, DJe 17.12.2012; STJ, 3ª Turma, REsp 1.304.9553/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014, DJe 08.09.2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.353.720/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2014, DJe 25.09.2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.331.948/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.06.2016, DJe 05.09.2016; STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.378.579/SC, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16.05.2017, DJe 22.05.2017.
- 13 Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 612.043, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017, DJe 12.05.2017.
- 14 Acerca dos efeitos da decisão no controle difuso consultar a obra: (FERREIRA, 2016, p. 101-110).
- 15 Estabelece o artigo 2º, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (BRASIL, 1942).

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Emendas Constitucionais. Atos Complementares. Atos Institucionais. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça. Projeto de Lei n. 5.139, de 2009. Parecer vencedor. Relator: Deputado José Carlos Aleluia. **Diário da Câmara dos Deputados** (supl.), Brasília, DF, 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. REsp nº 1.243.887/PR. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011. **DJe**, 12 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20111212-05.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111212-05.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 612.043. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017. **DJe**, 12 maio 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE612043relator.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2017.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.
- FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. **Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Método, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133-156.
- GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, p.213-218, mar. 2017.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.
- \_\_\_\_\_. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribu-

nais, 2015.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas (Defesa do Consumidor) e a Lei 9.494/97. **Revista Ajuris: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 77, p. 155-182, mar. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p.187-197, jan. 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e sua legitimação para defesa do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 244-250, out. 1992. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/busca.php>>. Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Proteção jurídica da biodiversidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, n. 8, p.168-171, ago. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. O processo civil coletivo: aspectos de um novo direito processual. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 261-293, jan./dez. 2011.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei n. 5.130-2009. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171-205.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

# EVOLUÇÕES HISTÓRICAS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DO TABAGISMO POR MEIO DE DECISÕES JUDICIAIS

Antônio Carlos Efiging\*

Letícia Mottin\*\*

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Perfil das decisões proferidas pelos tribunais superiores. 2.2 Superior Tribunal Federal. 2.3 Superior Tribunal de Justiça. 3 Perfil das decisões proferidas pelos tribunais regionais federais. 3.1 Dos julgados envolvendo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). 3.2 Do julgado envolvendo a legalidade da doação da empresa Souza Cruz S/A ao Poder Judiciário. 3.3 Dos julgados envolvendo os benefícios previdenciários concedidos por força das doenças relacionadas ao tabagismo. 4 Perfil das decisões proferidas na esfera trabalhista. 4.1 Das decisões proferidas sobre a atividade profissional de “provador de cigarros”. 4.2 Perfil dos julgados envolvendo as doenças originadas no trabalhador oriundas do contato com a folha de fumo. 5 Perfil das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados. 5.1 Aplicabilidade da prescrição quinquenal prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. 5.2 Rompimento donexo causal entre a conduta das empresas e o dano à saúde do consumidor – livre arbítrio. 5.3 Licitude da atividade de fabricar e de comercializar tabaco. 5.4 Inexistência de publicidade enganosa e abusiva ou violação do dever de informar sobre os malefícios do consumo de cigarro. 5.5 Inexistência de defeito no produto. 5.6 Ausência de nexode causalidade direto e imediato entre a propaganda massiva de cigarros realizada pela empresa e a doença acometida. 5.7 Ausência de nexode causalidade entre o ato de fumar e os danos ocasionados à saúde. 5.8 Julgados favoráveis ao consumidor. 6 Da desarmonia das decisões do Poder Judiciário sobre a responsabilidade civil da indústria do tabaco. 7 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

O presente artigo versa sobre a importância da atuação do Poder Judiciário para o controle do tabagismo, tendo como objetivo principal contribuir e aprimorar o estudo do tópico, com enfoque na jurisprudência que trata de danos ocasionados pelo contato com os produtos derivados do tabaco. Pode concluir-se que, com base na coleta dos julgados nacionais, delimitado no período entre 1º de janeiro de 2010 a 30 de agosto de 2016, tornou-se claramente

\* Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) nos cursos de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. E-mail: <ace@eradv.com.br>. <https://orcid.org/0000-0001-7060-2654>

\*\* Pós-graduanda em Direito Aplicado na Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela PUCPR. E-mail: <le\_mottin@hotmail.com>. <https://orcid.org/0000-0002-5119-6774>

perceptível que, em sua grande maioria, a responsabilidade pelos danos é transferida para a sociedade civil, ficando, assim, a indústria do tabaco livre de qualquer ônus que a sua atividade econômica é capaz de gerar. Ainda, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário pode contribuir para a redução dos danos ocasionados pelo uso de produtos derivados do tabaco. Para tanto, o presente estudo utilizou-se da técnica de revisão bibliográfica para instrumentalizar o artigo científico, por meio da base lógica indutiva para relatar os resultados do trabalho, como também da metodologia documental e legislativa.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil da indústria do tabaco. Decisões judiciais. Controle do tabagismo.

## 1 INTRODUÇÃO

No intuito de entender o raciocínio e a evolução dos argumentos jurisprudenciais, o presente artigo busca retratar o panorama histórico das decisões judiciais que envolvem a responsabilidade civil da indústria do tabaco em âmbito nacional, como também, confrontar o tratamento dado à atuação desta, ao longo da história, entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum (EFING; MOTTIN, 2017).

Frente à realidade de que as atividades de fabricar e de comercializar os produtos derivados do tabaco causam danos aos mais diversos setores da nossa sociedade civil, milhares de ações indenizatórias são propostas perante todas as esferas do Poder Judiciário.

Na esfera da Justiça Comum, o posicionamento majoritário da jurisprudência é no sentido de afastar a responsabilidade civil das indústrias, julgando improcedente o pedido formulado pelo consumidor que visa a ser indenizado pelos danos ocasionados pelo consumo do cigarro, sendo que tais decisões são fundamentadas em diversos argumentos já superados pela ciência.

Distintivamente, na esfera da Justiça do Trabalho, os julgados não ignoram a realidade apresentada pela comunidade científica, o que, por consequência, reconhecem a responsabilidade civil da indústria do tabaco, condenando-a ao pagamento de indenização pelos danos ocasionados aos trabalhadores que exercem a função de degustar cigarros.

Ainda, perante os Tribunais Regionais Federais, os casos envolvem desde a análise da legalidade da obrigação de veicular contrapropaganda na oferta dos produtos derivados do tabaco, até a análise da concessão do auxílio-doença, da aposentadoria por invalidez e da pensão por morte em razão das doenças oriundas do tabaco. Nesse aspecto, verifica-se a seguir se os julgados debatem ou não sobre a responsabilidade civil da indústria pelo encargo financeiro suportado pelo Estado, decorrente do setor previdenciário.

Assim, devido à inegável importância da decisão judicial para o controle do uso de produtos derivados do tabaco e ao fato de que o Brasil é carente de estudos jurídicos que tratem criticamente das decisões judiciais que envolvem a responsabilidade da indústria, em âmbito

nacional, o presente artigo busca contribuir e aprimorar o conhecimento da importância da atuação do Poder Judiciário para o controle do uso de produtos derivados do tabaco.

Para tanto, buscando analisar todas as decisões eletronicamente disponibilizadas pelos Tribunais Estaduais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, adotou-se o método da análise documental de conteúdo, conjuntamente com uma abordagem qualitativa, posto que envolve a apreciação dos julgados de forma aprofundada.

Por fim, no intuito de delimitar o objeto da pesquisa, estabeleceu-se o período de julgamento entre 01 de janeiro de 2010 a 30 de agosto de 2016. Dessa forma, o estudo é retrospectivo, tendo em vista que os documentos analisados são julgados anteriores ao início da pesquisa.

O estudo visa, portanto, a aprofundar o estudo da jurisprudência e, posteriormente, analisar criticamente a atuação de cada esfera do Poder Judiciário no controle do tabagismo no Brasil.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 PERFIL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

De início, cumpre destacar a relevância dos entendimentos consolidados conferidos pelos Tribunais Superiores.

Com a vigência no Código Processual Civil, Lei nº 13.105 de 2015 (BRASIL, 2015a), instituiu-se o artigo 927, obrigando as instâncias inferiores ao STJ e ao STF a observarem as manifestações das seguintes decisões:

Art. 927 Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015a, *online*).

Assim, vislumbra-se o caráter vinculante dos entendimentos consolidados pelo STJ e pelo STF, no sentido de que tais decisões são de observância obrigatória para os Juízes e os Desembargadores ao exporem o seu entendimento diante do caso em concreto.

### 2.2 SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Perante o Supremo Tribunal Federal, constata-se que, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874 (BRASIL, 2013a), a Ministra Relatora Rosa Weber, no ano de 2013, concedeu o pedido liminar para suspender a eficácia dos artigos 6º, 7º e 9º da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que versam sobre a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco. Tal decisão prioriza a operação da indústria do tabaco para impedir que a norma da ANVISA entre em vigor.

Até o momento, aguarda-se a posição definitiva do Supremo sobre permissão da utilização de aditivos e aromatizantes em produtos derivados do tabaco, o que certamente representará importante medida de controle do tabagismo no Brasil.

### 2.3 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sua maioria, as decisões do Superior Tribunal de Justiça não enfrentaram o mérito da questão ao decidir que a prescrição regula-se pelo prazo de cinco anos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2010i) e ao afirmar que o exame da matéria fática é vedado (BRASIL, 2010j).

Sobre o tema, o STJ decidiu, ainda antes da vigência do Código Civil de 2002 que, por se tratar de dano por fato de produto, ou seja, pelas doenças causadas pelo ato de fumar, a prescrição deve ser regida pelo artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, e não pela regra geral, contida no CC/1916. Esclareceu, ainda, que a prescrição da ação de reparação dos danos por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da sua autoria, não tendo influência a renovação da lesão no tempo. Já sobre a vedação da matéria fática, o STJ deixou de analisar o nexo causal, consistente no vínculo do ato de fumar e a patologia, em vista da necessidade de se analisar o laudo médico, entre outros dados, a fim de se auferir se o ato de fumar foi determinante para o surgimento da doença.

O STJ não analisa as questões que envolvem reexame de prova ou de matéria fática por força de impedimento gerado pela súmula<sup>1</sup> que trata dessas matérias.

Em 2010, o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.113.804 - RS (BRASIL, 2010a), constantemente empregado como fundamento nos acórdãos proferidos perante os Tribunais de Justiça Estaduais.

A decisão concluiu que (i) o cigarro é um produto de periculosidade inerente, eis que o defeito consubstancia-se na falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor e não na capacidade própria do produto de gerar danos, presente em todas as unidades.

Portanto, o STJ desconsidera a tese de que o cigarro seria um produto defeituoso, (ii) em relação ao “dever de informação” dos fornecedores, primeiramente, o STJ esclarece que a “ilicitude”, que rende ensejo à responsabilidade civil, não é sinônimo de “ilegalidade”, mas de violação a um dever jurídico contemplado pelo sistema, quer por meio de lei, quer por

meio de princípios de leis decorrentes.

Assim, considera-se que antes da vasta legislação restritiva do consumo e da publicidade de cigarros, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas passadas. Não sendo possível aplicar os princípios e os valores hoje consagrados, razão pela qual não há como imputar a responsabilidade da indústria pela omissão de informação dos danos advindos do cigarro.

Outro argumento sustentado pelo STJ se deu em razão da ausência de nexo de causalidade (iii), entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida. Isso porque, segundo o Relator, a arte médica está limitada em afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool, a carga genética e o modo de vida da pessoa, sedentária ou estressante, o que, segundo o Relator, não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais.

A premissa do livre arbítrio, sucessivamente defendida pelos Tribunais de Justiça, foi enfrentada pelo Ministro Honildo Amaral De Mello Castro (BRASIL, 2010b), no Recurso Especial nº 886.347 - RS (2006/0159544-9), julgado em 25/05/2010. O julgado afastou a responsabilidade da indústria em razão do rompimento do nexo de causalidade sob dois aspectos. Primeiramente, asseverou que a publicidade não é enganosa ou abusiva, não havendo defeito de informação sobre os riscos à saúde, razão pela qual o consumidor se submete, conscientemente, a um risco que poderia ser evitado, se ele tivesse optado por não começar a fumar ou deixar de fumar, a partir do momento em que adoeceu. A segunda circunstância que rompe o nexo de causalidade é o fato de que o ato de fumar não é o único responsável pelas doenças causadas ao consumidor, não restando claro a relação de causalidade.

Por fim, em 2015, o Recurso Especial nº 1.101.949 - DF (2008/0255973-6) (BRASIL, 2015b) cingiu-se à análise da publicidade de cigarros, na qual transmitiu a conduta de um jovem, incitando ao hábito de fumar, que associava tal prática ao sucesso e ao bem-estar, em período em que vigorava a Lei nº 9.294/96 (BRASIL, 1996).

O STJ vislumbrou a ilicitude da publicidade sob o aspecto de que ela induziu o consumidor a erro, de modo que se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das consequências, teria condições de obter sucesso em sua vida, ferindo o princípio da identificação da publicidade.

Aduziu que a publicidade só seria lícita se o consumidor pudesse identificá-la de plano, imediata e facilmente, tendo inclusive declarado que: “[...] o fato é que, à luz do art. 36, do CDC, assegura-se ao consumidor o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, qual seja, a de promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 526).

Logo, em razão da inexistência de uma mensagem clara e direta que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica) reconheceu-se a abusividade da publicidade.

### 3 PERFIL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A Constituição Federal, no capítulo referente à organização do Poder Judiciário, regula-menta no inciso I do artigo 109 as matérias de competência dos juízes federais para processar e julgar, destacando-se as seguintes: “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes [...]” (BRASIL, 1988, *online*). Assim, considerando o objeto de nosso estudo, é oportuno analisarmos as demandas em que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) forem partes na relação processual.

A relevância da análise dos julgados envolvendo a ANVISA se revela ao passo de que uma das competências da ANVISA é proteger a saúde da população e definir as características dos maços de cigarros, bem como a publicidade e a propaganda que devem ser veiculadas nas embalagens.<sup>2</sup> Já a análise dos julgados envolvendo o INSS se destaca ao passo de que milhares de pessoas estão impossibilitadas de trabalhar em razão das doenças causadas pelo contato com os produtos derivados do tabaco, muito embora estejam em idade economicamente ativa. Assim, a seguir, apresenta-se a análise se as decisões dos TRFs debatem ou não sobre a responsabilidade civil da indústria tabagista ligada aos custos arcados pela previdência social.

Ainda, se os critérios utilizados para a busca dos julgados foram:

- a) publicidade de cigarro;
- b) publicidade de tabaco;
- c) aposentadoria e fumante;
- d) aposentadoria e cigarro;
- e) auxílio-doença e tabagismo.

#### 3.1 DOS JULGADOS ENVOLVENDO A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)

Foram encontrados 05 julgados envolvendo a ANVISA e a indústria do tabaco. A distribuição das ações proferidas entre as regiões está representada pelo gráfico abaixo:

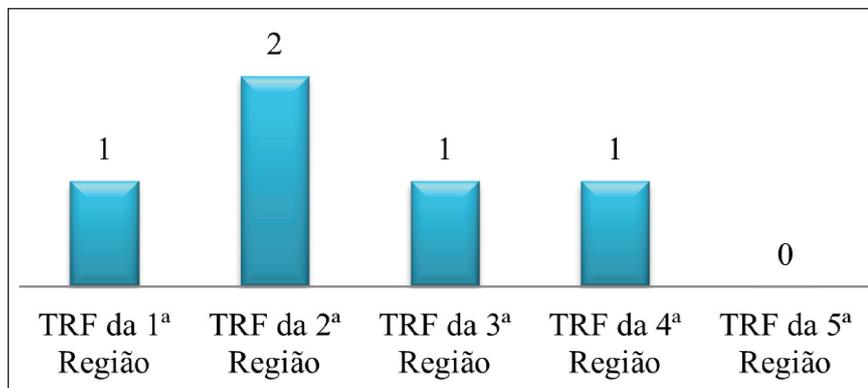


Gráfico 1 - Distribuição das ações entre os Tribunais Regionais Federais  
Fonte: elaborado pelos autores (2017).

No TRF da 1ª Região, que compreende as seções judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, identificou-se a Apelação Cível nº 200334000078027 (BRASIL, 2010c) interposta pela empresa Souza Cruz, com os seguintes propósitos: (i) de negociar os seus produtos via Internet, por meio de qualquer endereço eletrônico; (ii) de usar livremente seu nome comercial; (iii) e de usar livremente o nome e elementos de suas marcas em qualquer categoria de produtos.

Na análise dos pedidos, o Relator preliminarmente ensinou que a produção de fumégenos, ao contrário das demais atividades empresariais, é uma atividade apenas tolerada pela Constituição, não sendo pautada pelos princípios fundamentais, como a livre iniciativa. Considerou que seria impossível, mesmo ao não fumante, pensar na marca Souza Cruz sem “enxergar”, em primeiro lugar, uma carteira de cigarros, afirmando ser a marca o principal instrumento de propaganda. Também reconheceu que os catálogos e mostruários podem se transformar em instrumentos de propaganda, razão pela qual é vedada a exibição ou distribuição de catálogos e mostruários na parte interna dos locais de venda, porém ressaltou que tal proibição não alcança a remessa de catálogos e mostruários informativos, juntamente com a oferta de produtos derivados de tabaco, “diretamente por meio de portal de acesso restrito”, aos comerciantes distribuidores ou revendedores.

Nesse viés, o julgado afastou disposição da Resolução nº 15/2003-ANVISA, unicamente para possibilitar a comercialização de remessa de catálogos e mostruários informativos aos comerciantes, distribuidores ou revendedores, e indeferiu as demais pretensões da indústria.

No TRF da 2ª Região, que compreende as seções judiciárias do Rio de Janeiro e Espírito Santo, foram identificados dois julgados.

O julgado (BRASIL, 2013h) mais recente analisou a ilegalidade da propaganda veiculada no interior da embalagem de cigarro “Hilton”. Em um primeiro momento, a Relatora considerou ilegal a conduta da empresa que se omitiu em apresentar a nova embalagem do cigarro “Hilton” ao processo de registro de dados cadastrais e aditamento junto à ANVISA. Em seguida, considerou que a mensagem veiculada no interior dos maços de cigarro: “a evolução que você tanto esperava” “[...], caracterizase como propaganda, direcionada a um público específico, isto é, aos consumidores habituais do cigarro, com a finalidade de mantê-los fiéis ao consumo do produto [...]”, (BRASIL, 2013h, *online*) o que, para a Relatora, estimula o consumo de produto derivado do tabaco, razão pela qual consignou a legalidade do auto de infração lavrado pela ANVISA.

O segundo julgado (BRASIL, 2011g), concerne à ação ajuizada pela Souza Cruz S/A, com o intuito de não ser obrigada ao ônus de veicular, nas embalagens de seus produtos e no material publicitário, seis das dez novas imagens divulgadas pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 54/2008/ANVISA (AGENCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2008). O pedido foi acolhido pelo Tribunal sob o argumento de que a frase prevista na embalagem de cigarros: “Fumar é prejudicial à saúde”, é o suficiente para a ciência dos

males advindos do tabagismo, não sendo lícito, portanto, sujeitar as empresas a tratamentos degradantes, obrigando-as a veicular em seus produtos imagens que não guardam relação com a realidade, devendo o Poder Público dispor de outros meios de veicular contrapropagandas, e não da própria embalagem do produto.

No TRF da 3ª Região, que compreende as seções judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, identificou-se a Ação Civil Coletiva (BRASIL, 2013i), ajuizada pelo Instituto “Barão De Mauá” de Defesa de Vítimas e Consumidores Contra Entes Poluidores e Maus Fornecedores, em razão da prática abusiva da empresa Souza Cruz, consistente no ato de colocar, no interior das embalagens dos cigarros, uma cartela do tipo de uma carta de baralho, com a propaganda de uma nova embalagem de uma determinada marca de cigarro de sua linha comercial, a qual se encaixava perfeitamente sobre as cenas do atendimento ao enfermo.

O Relator reconheceu a ilicitude da conduta de encobrir as mensagens de advertência, eis que impede que estas tenham eficácia no ânimo do consumidor, dessa maneira, este não é estimulado a reduzir ou a eliminar um comportamento considerado prejudicial a sua saúde. Assim, diante da natureza abusiva da propaganda, nos termos do art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor<sup>3</sup>, a empresa Souza Cruz foi condenada ao pagamento de danos morais coletivos.

Já no TRF da 4ª Região (BRASIL, 2010k), que compreende as seções judiciárias do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, localizou-se uma demanda ajuizada pelo Sindicato da Indústria do Fumo no Estado do Rio Grande do Sul, a qual buscou assegurar às empresas de cigarros o direito de não veicular, nas embalagens de seus produtos e materiais publicitários, as imagens e as respectivas cláusulas impostas pelo Poder Público.

O TRF4 indeferiu o pedido ao considerar que o termo “advertência”, utilizado pela norma constitucional e pela norma legislativa, admite a transmissão de mensagem negativa quanto ao tabaco. Concluiu que a Administração Pública, ao escolher as imagens e as frases, agiu de acordo com a compreensão jurídica do ato de advertir, o qual é expressamente previsto e autorizado pela Constituição e pela legislação. Considerou que a introdução das imagens capazes de provocar repulsa não é uma atitude anti-informativa, nem contrária às condições para que o indivíduo possa deliberar de forma livre e autônoma, o que, segundo os estudos científicos, constata-se o aumento da precisão e da eficiência decisórias pelo influxo destes.

Desse modo, o TRF4 afastou a tese sustentada de que o Estado, ao valer-se do influxo de emoções de repulsa e nojo (imagens), estaria agindo além do comando constitucional e legal, e consignou que a política pública de combate ao consumo do tabaco tem fundamento científico, validando a utilização de metáforas fortes para atrair a atenção do consumidor.

Por fim, no TRF da 5ª Região, que compreende as seções judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, não se localizou nenhum julgado envolvendo a ANVISA e a publicidade de tabaco.

### 3.2 DO JULGADO ENVOLVENDO A LEGALIDADE DA DOAÇÃO DA EMPRESA SOUZA CRUZ S/A AO PODER JUDICIÁRIO

Pela importância do julgado, muito embora a pesquisa restrinja-se aos julgados proferidos posteriormente ao ano de 2010, destacou-se a posição do TRF da 1ª Região que, em 19 de setembro de 2005, ao julgar o Agravo de Instrumento (BRASIL, 2005) interposto pelo Ministério Público Federal, suspendeu a execução do projeto denominado “Justiça Sem Papel”, em relação ao “Termo de Cooperação Técnica e Financeira”, firmado pelo Ministério da Justiça, pela Fundação Getúlio e pela empresa Souza Cruz S/A.

O Relator considerou que a doação realizada pela empresa Souza Cruz ao projeto colocaria em risco a imparcialidade do Poder Judiciário, notadamente por ser uma empresa produtora de bens nocivos à saúde pública. Destaca-se o trecho da fundamentação exposta pelo Ministério Público Federal:

Na verdade, a indústria Souza Cruz deveria colaborar com o Ministério da Saúde, de modo a auxiliar nos tratamentos e internações das vítimas do tabagismo. Teria, também, a opção de aliviar os pagamentos realizados pela Previdência, que concede benefícios aos que experimentaram a redução da capacidade laborativa, por força de doenças causadas pela nicotina.

No Judiciário brasileiro, existem inúmeras demandas indenizatórias contra a Souza Cruz. São ações propostas por pessoas que se consideram vítimas do consumo de tabaco, como fumantes ativos ou passivos. Fora, como acima frisado, as ações acidentárias-previdenciárias pagas pelo Estado (BRASIL, 2005, *online*).

Considerando os argumentos do MPF, a decisão afastou o financiamento realizado pela Souza Cruz ao “Projeto Justiça Sem Papel”, afirmando que o Poder Judiciário “não deve envolver-se em parcerias espúrias, moralmente reprováveis e constitucionalmente repudiadas, a ponto de comprometer o bom nome, a moralidade e o grandioso ‘Papel da Justiça’ [...]” (BRASIL, 2005, *online*).

Logo, o TRF reconhece que a participação da empresa do tabaco junto aos projetos conduzidos pelo Poder Judiciário afeta a imparcialidade e a independência dos juízes a ponto de influir nas decisões das causas, sendo incompatível qualquer interferência da indústria com a missão do Poder Judiciário no cumprimento de tutelar direitos.<sup>4</sup>

### 3.3 DOS JULGADOS ENVOLVENDO OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS POR FORÇA DAS DOENÇAS RELACIONADAS AO TABAGISMO

As decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, na ocasião da análise da concessão do auxílio-doença, da aposentadoria por invalidez e da pensão por morte em razão das doenças oriundas do tabaco, não adentram ao mérito da responsabilidade civil da indústria pelo encargo financeiro suportado pelo Estado.

Entretanto, interessante notarmos que, considerando o laudo de perícia médica, as deci-

sões se curvam ao raciocínio de que a doença acometida ao enfermo é oriunda do tabagismo ou então confessam que o tabagismo contribuiu para o surgimento da patologia, e, em alguns casos, reconhecem que de fato a atenuação dos sintomas da patologia é possível desde que o assegurado suspenda o tabagismo.

É o caso da Apelação Cível nº 0000302-22.2014.4.02.9999 (BRASIL, 2014a), proferida pelo TRF da 2ª Região que, ao consentir com o laudo pericial médico, afirmou que é possível atenuar os sintomas da doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), desde que o assegurado cesse o uso de produtos derivados do tabaco.

Já na Apelação Cível nº 0803332-21.2010.4.02.5101 (BRASIL, 2011a, *online*), proferida pelo TRF da 2ª Região, que concedeu a aposentadoria por invalidez ao enfermo, considerou as declarações da médica-perita que afirmou ser o usuário do cigarro portador da “Doença pulmonar obstrutiva crônica severa” causada por “Enfisema pulmonar provocado pelo tabagismo crônico”.

A Apelação Cível nº 0016049-55.2014.404.9999 (BRASIL, 2014b, *online*), ao conceder a aposentadoria por idade à trabalhadora rural, reconheceu os males ocasionados pelo contato com a nicotina, afirmando que:

[...] a chamada “doença do tabaco verde”, decorrente da intoxicação por nicotina, pelo contato da pele do fumicultor com a folha molhada do tabaco, seja na colheita, seja na elaboração das chamadas “bonecas” de fumo. Foi verificado que estes trabalhadores, como é o caso da autora, estão sujeitos a um maior risco de desenvolver problemas graves de saúde tais como câncer, doença pulmonar obstrutiva crônica e cardiopatias.<sup>5</sup>

Percebe-se que o TRF não despreza os estudos realizados pela comunidade científica que comprovam que o simples contato da pele com folha do tabaco é capaz de desenvolver inúmeras doenças ao fumicultor.

Em face das decisões, assevera-se que, muito embora a indústria do tabaco usufrua do lucro decorrente da produção dos produtos derivados do tabaco, é o Estado, ou seja, a população, quem arca com o ônus ou prejuízos decorrentes dos produtos produzidos pela indústria, não havendo qualquer decisão judicial no sentido de responsabilizar as indústrias pelos danos ocasionados de sua atividade econômica.

#### 4 PERFIL DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ESFERA TRABALHISTA

Preliminarmente, a fim de se alcançar o melhor entendimento dos julgados na esfera trabalhista, torna-se necessário alguns esclarecimentos sobre a relação jurídica examinada.

O objeto dos julgados cinge-se a análise do “contrato de compra e venda de fumo em folha”, celebrado entre os representantes das indústrias do tabaco e os pequenos produtores rurais. Tais contratos são classificados como de adesão, visto que são impostas aos agricultores as condições que melhor atendem ao interesse da indústria, não permitindo qualquer negociação do conteúdo das cláusulas contratuais.

Segundo os relatos declarados na Ação Civil Pública (ALIANÇA DO CONTROLE DO

TABAGISMO, 2007, *online*), ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 9ª Região, o contexto econômico e social em que tais contratos são firmados retrata uma verdadeira relação de subordinação:

[...] os pequenos produtores são procurados por prepostos da empresa em suas residências e convidados a fazer parte do sistema de integração da produção do fumo. Em tais oportunidades são prometidas inúmeras vantagens econômicas aos pequenos produtores, que os técnicos certamente sabiam ser inverídicas, e, além disso, são omitidos aspectos importantes sobre os negócios jurídicos que estavam para ser realizados, principalmente quanto (1) à irremediável insalubridade desta produção, (2) à completa ingerência da Empresa na atividade (3) à obrigatoriedade de cumprimento das orientações dos técnicos da Empresa e de compra de insumos dela própria ou de locais por ela indicados, (4) à sempre duvidosa e insatisfatória classificação do produto final, (5) à constante incerteza sobre os valores do fumo, na prática determinados unilateralmente pela Empresa, e (6) às violações da ordem econômica em benefício da Empresa, possibilitadas por este tipo de contrato.

Ocorre que, além da abusividade dos contratos celebrados, os agricultores passam a desenvolver uma série de doenças durante colheita das folhas de fumo.

Ante ao contato da folha do tabaco, milhares de agricultores adquirem a chamada “doença da folha do tabaco verde” ou *Green Tobacco Sickness* (GTS), a qual, segundo o INCA, é uma espécie de overdose de nicotina, absorvida pela pele por meio do manuseio das folhas de fumo durante a colheita, sendo que “mesmo não sendo fumantes, os afetados chegam a ter uma quantidade da substância cotinina na urina maior do que a dos adeptos do cigarro.” (BRASIL, 2011b, *online*).

Segundo matéria publicada da revista Galileu, ao entrevistar o Senhor Aloisio Storlarckz, ex-produtor de folha de tabaco, ele declarou que “na época nem sabíamos dessa história de doença do tabaco, o que sabíamos é que depois da colheita era hora de vomitar tudo o que tinha e o que não tinha no estômago, dia e noite, sem parar.” (FROI, 2015, *online*).

Assim, as doenças originadas pelo contato com a nicotina vão além do consumo do produto do cigarro, atingindo também os pequenos agricultores intoxicados pela nicotina advinda da planta.

Ainda, na esfera trabalhista, não se pode deixar de lado a relação existente entre os trabalhadores que exercem a função de provar cigarros e a indústria do tabaco.

A função de tal profissão consiste basicamente em experimentar cigarros no denominado “painel de avaliação sensorial”, para a medição da qualidade dos cigarros produzidos. Segundo a reportagem publicada no Jornal da Folha de São Paulo, a atividade realizada se dá no seguinte contexto (PROVADORES..., 2002, *online*):

[...] Eles ganham, em média, R\$ 300 por mês (ou R\$ 9,20 por sessão). Fumam, no máximo, o equivalente a quatro, cinco cigarros, segundo a empresa. Grávidas não podem integrar o chamado painel de fumo. São analisados cigarros que já estão no mercado, produtos em desenvolvimento e fumos da concorrência. A prova é feita às cegas. A marca do cigarro é coberta com

uma fita adesiva vermelha ou preta para que o marketing não influencie na apreciação. São verificados cinco quesitos: aroma, gosto, potência (se é forte ou fraco), aspectos mecânicos (se acende fácil, se queima bem, se é fácil de tragar) e táteis. Máquinas de fumar não conseguiram fazer esse tipo de avaliação, segundo Caruso. A Souza Cruz possui essas máquinas, mas sua função é outra: medir o nível de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono. O engenheiro agrônomo Alexandre Melo, 44, provador de cigarros há sete anos, acha que a função não é perigosa: “Sou fumante, conheço os riscos do cigarro e os testes não aumentam em nada esses riscos”. Para Melo, a função de testador deveria ser reconhecida oficialmente. É o grande temor da Souza Cruz. Se for oficializada como atividade de risco, os testadores teriam de se aposentar mais cedo e receber um adicional. O gerente do departamento de pesquisas da Souza Cruz não vê nenhum dilema ético em testar em humanos um produto de risco, que provoca mais de 50 doenças. “Não vejo nenhuma questão ética no teste. É um produto legal e todos os envolvidos conhecem o risco”, afirma Caruso.

Foi observado que a empresa tabagista defende a moralidade da conduta de contratar pessoas para o fim de testar a qualidade do cigarro, sob a alegação de que a produção e a comercialização de cigarros são consideradas atividades lícitas e de que todos já conhecem os eventuais riscos à saúde que a profissão pode acarretar.

Diante do conteúdo dos julgados, adotam-se os seguintes critérios para busca dos julgados: TRT 11

- a) contrato de compra e venda de fumo;
- b) plantação de fumo;
- c) sistema integrado de produção de tabaco;
- d) fumicultura;
- e) fumo em folha;
- f) provadores de cigarros;
- g) painel de fumantes.

Feita a premissa inicial, passa-se para a análise dos julgados.

#### 4.1 DAS DECISÕES PROFERIDAS SOBRE A ATIVIDADE PROFISSIONAL DE “PROVADOR DE CIGARROS”

A partir dos critérios utilizados para a busca dos julgados “provadores de cigarros” e “painel de avaliação sensorial”, foram encontrados 03 julgados proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho a seguir expostos.

Em 2010, o Tribunal Superior do Trabalho julgou o Recurso de Revista nº 120300-89.2003.5.01.0015 (BRASIL, 2010d) proposto em face do acórdão proferido na Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da empresa Souza Cruz S.A, cujo objeto, dentre outros, foi a imposição de condenação à obrigação de abster-se de manter

empregados no exercício da atividade de “provador de cigarros”.

Ao julgar o recurso, o TST manteve a decisão do Tribunal Regional da 1ª Região no sentido de obstar a utilização de empregados para a medição da qualidade dos cigarros produzidos.

No que tange à proteção à saúde do trabalhador, o Ministro considerou que entre proteger o direito à saúde e proteger a liberdade econômica, prepondera-se o direito fundamental à saúde humana. Argumentou que, em vista de toda a documentação produzida pela Organização Mundial de Saúde e pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA), a qual revela os riscos potenciais altíssimos do consumo de cigarros, o fato de haver uma potencialidade do dano não afasta, por si só, o nexo de causalidade entre qualquer doença encontrada no organismo dos empregados e a função de provadores. Em seguida, o Ministro declarou que os danos advindos do consumo de cigarro não afetam tão somente aos empregados, mas sim toda a coletividade que resta prejudicada pela produção e comercialização do cigarro. Ainda, asseverou que o fato de a produção de cigarro ser considerada uma atividade lícita, não influi no reconhecimento da afronta aos direitos à saúde e à vida.

Já em 2013, ao julgar o Recurso de Embargos nº 120300-89.2003.5.01.0015 (BRASIL, 2013b), proposto em face da decisão acima relatada, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu pela licitude da atividade laboral no denominado “Painel de Avaliação Sensorial” e reestabeleceu a condenação ao pagamento de indenização por danos morais difusos e coletivos, no importe de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), reversíveis ao FAT (Portal de Fundo de Amparo ao Trabalhador).

Na decisão, o Ministro reconheceu a notoriedade de que o consumo do cigarro acarreta prejuízos à saúde do usuário, entendendo ser desnecessária qualquer produção de provas para auferir se o consumo de cigarros causou ou não as doenças ao trabalhador, e também reconheceu que, “segundo inúmeras pesquisas científicas, não há níveis seguros de exposição às substâncias nocivas componentes do cigarro.” (BRASIL, 2013b, *online*). Ocorre que o reconhecimento da licitude da profissão se deu sob o aspecto de que não cabe ao Poder Judiciário inviabilizar o exercício de uma atividade empresarial lícita, mas tão somente ao Poder Legislativo.

Ainda, na mesma decisão, o TST declarou que “na atividade econômica lícita e no desempenho de ofício lícito, como na espécie, pode sobrevir ato ilícito suscetível de gerar responsabilidade civil” (BRASIL, 2013b, *online*), ao considerar que o desenvolvimento da profissão ao contato com agentes fumígenos acarreta lesão ao direito à saúde e à vida, o que caracteriza ato ilícito praticado pela indústria, e conseqüente obrigação de indenizar à coletividade indeterminada de empregados potencialmente sujeitos à atividade de experimentação de cigarros.

Em fase de cumprimento de sentença da Ação Civil Pública mencionada, o TRT da 1ª Região, julgou, em 16 de setembro de 2014, o Agravo de Petição (BRASIL, 2014c, *online*), determinando o prosseguimento da execução parcial do acórdão das seguintes condenações impostas à indústria tabagista:

b) na obrigação de fazer consistente em manter e garantir, exclusivamente às suas expensas, a prestação de assistência, por 30 (trinta) anos, a cada um dos trabalhadores - empregados, próprios ou de terceiros, inclusive de cooperativas, que desempenham e/ou desempenharam os testes referidos na exordial, para a realização periódica de exames médicos minuciosos, com especialistas de confiança dos referidos trabalhadores, mediante fiscalização e supervisão do MPT, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00, por trabalhador não assistido, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador (grifo no original); c) na obrigação de fazer consistente em manter e assegurar, exclusivamente às suas expensas, tratamento médico e/ou hospitalar a cada um dos trabalhadores - empregados, próprios ou de terceiros, inclusive de cooperativas, que desempenham e/ou desempenharam os testes referidos na exordial, para a realização periódica de exames médicos minuciosos, com especialistas de confiança dos mesmos, mediante fiscalização e supervisão do MPT, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00, por trabalhador não assistido, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador (grifo no original); d) na obrigação de fazer consistente em manter e assegurar, também às suas expensas, tratamento antitabagista aos trabalhadores - empregados, próprios ou de terceiros, inclusive de cooperativas, que desempenham e/ou desempenharam os testes referidos na exordial, que assim o desejarem, com especialistas da confiança dos mesmos, mediante fiscalização e supervisão do MPT, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00, por trabalhador não assistido, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador.

O Relator considerou o trânsito em julgado das matérias não submetidas à análise do TST, visto que parte das condenações impostas à empresa Souza Cruz não foram objeto de impugnação específica no Recurso de Revista, e determinou o cumprimento das obrigações, decidindo desfavoravelmente à indústria.

Em 2013, no julgamento do Recurso de Revista nº 129100-11.2006.5.01.0045 (BRASIL, 2013c), interposto em face do acórdão proferido pelo Tribunal Regional, o TST manteve a decisão no sentido de condenar a indústria a indenizar o trabalhador em virtude da doença desenvolvida no ambiente de trabalho.

A indústria do tabaco, no intuito de afastar a sua responsabilidade, alegou que a atividade desempenhada pelo empregado é voluntária e que não há nexo de causalidade entre a doença desenvolvida no organismo do trabalhador e o consumo de cigarros.

Na decisão, o Ministro afastou o Laudo Pericial que concluiu pela inexistência de nexo de causalidade entre o consumo de cigarros e a doença pneumotórax desenvolvida, considerando equivocado em tal conclusão. Nas palavras do Ministro:

[...] mesmo se tratando de doença 'comum', podendo ocorrer de forma espontânea, como sustentado no Laudo Pericial, em regra desvinculada da atividade laboral, quando o tipo de labor revelar-se sua concausa ou agravante, determinando a relação direta entre a doença e a atividade desempenhada, há efetiva configuração de doença ocupacional. Também não há que se falar, conforme afirma o Ministério Público, que o fato de a suposta vítima consentir na lesão a seu próprio direito excluiria a ilicitude da conduta do reclamado e, conseqüentemente, o direito à indenização resultante do dano experimentado. Os

**fabricantes de cigarro de todo o planeta sempre tiveram conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças.** Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde, não há dúvida de que a reclamada criou conscientemente o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir (BRASIL, 2013c, *online*, grifo nosso).

Desse modo, o TST é claro ao dispor que os fabricantes de cigarros sempre tiveram conhecimento de que o consumo de cigarro vicia e causa inúmeras doenças, e é, em razão de tal conhecimento, que o TST reconheceu a culpa da empresa, que criou o risco do resultado, na medida em que tinha consciência do mal à saúde do empregado que estava ocasionando.

Ainda, para o TST, a mera circunstância de que a pessoa não é obrigada a exercer a função de provador de cigarros, eis que possui o livre arbítrio, não afasta a responsabilidade do empregador de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Por fim, o TST considerou que, em razão da função de provador de cigarros ser exercida em benefício da empresa, mediante incentivo financeiro, cuja nocividade é conhecida e traz inegável prejuízo à saúde, é o suficiente para caracterizar a culpa e o ato ilícito, sendo irrelevante o fato de o empregador ter ou não começado a fumar antes de exercer a atividade.

#### 4.2 PERFIL DOS JULGADOS ENVOLVENDO AS DOENÇAS ORIGINADAS NO TRABALHADOR ORIUNDAS DO CONTATO COM A FOLHA DE FUMO

Após a análise dos julgados proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho, constata-se que a relação entre os produtores de tabaco e os agricultores da folha do tabaco, é vista como uma relação jurídica de contrato civil, devendo ser julgada a partir do Código Civil e não a partir das normas que regem a relação de trabalho.

Os julgados declaram tratar-se de uma efetiva relação comercial de compra e venda, sustentam que o fato de os agricultores serem detentores dos meios de produção e assumirem os riscos de seu empreendimento econômico, não caracteriza o vínculo trabalhista na relação, visto que, para a caracterização da relação de emprego, requer-se a configuração dos 04 elementos constantes dos artigos 2º e 3º da CLT, quais sejam: a personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. Por consequência, conclui-se que a justiça do trabalho é incompetente para julgar e processar as demandas envolvendo o agricultor da folha de fumo e a empresa do tabaco (BRASIL, 2012a).

Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, que compreende o Estado da Paraíba, não vislumbrou a caracterização do vínculo trabalhista, ao afirmar que o agricultor da folha de tabaco assume o risco do próprio negócio, controla o seu próprio horário e a atividade do cultivo e de colheita da planta pode ser exercido por qualquer membro da família do agricultor, o que afasta os requisitos da personalidade e da subordinação (BRASIL, 2013d). Além disso, o TRT da 9ª Região considera que o fato de os pagamentos

serem efetuados pela venda do fumo, no final de cada safra, e não pela prestação de serviço, não se caracteriza a onerosidade, característica essencial dos contratos de trabalho.

Diante da atual jurisprudência no sentido de desconsiderar a relação trabalhista existente entre o agricultor da planta do fumo e a indústria do tabaco, o Ministério Público do Trabalho do Estado do Paraná e o Ministério Público do Trabalho do Estado de Santa Catarina ajuizaram Ação Civil Pública, com o principal intuito de impedir a indústria de pactuar novos contratos de compra e venda de fumo em folha que contenham cláusulas abusivas firmadas com os pequenos agricultores e também com o intuito de que fosse reconhecida a relação empregatícia entre a empresa e os produtores rurais por ela contratados.

Ocorre que, considerando que a produção do fumo no Brasil não se restringe apenas ao estado de Santa Catarina e ao estado do Paraná, mas se faz presente em outras unidades da Federação, como no Rio Grande do Sul, na ocasião do julgamento do Recurso de Revista nº 1954566-51.2008.5.00.0000 (BRASIL, 2010e), o TST reconheceu que, de fato, o contrato de compra e venda de fumo em folha envolve danos suprarregionais ou nacionais, o que, por consequência, a região competente para julgar o feito é o Distrito Federal, e não no local do dano, razão pela qual se determinou a remessa dos autos para a 6ª Vara do Trabalho de Brasília (BRASIL, 2010e).

Em consulta perante o sítio do TRT do Distrito Federal, conforme informações contidas no item de andamentos, na data de 1º de março de 2011 foi homologado acordo firmado entre as partes, que se encontra arquivado desde 14/03/2011 (BRASIL, 2018a).

Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, que compreende o estado de Santa Catarina, ao julgar o Recurso Ordinário, oriundo da reclamação trabalhista ajuizada em face da empresa Souza Cruz S.A, que envolvia a relação de trabalho, reconheceu o nexo de causalidade entre as atividades desempenhadas pelo empregado e os seus problemas pulmonares.

No caso analisado, as atividades desempenhadas consistiam na manipulação direta das folhas de fumo entregues pelos fumicultores para o seu processamento e, nesse processo, o empregado tinha contato direto com todos os elementos naturais e químicos da folha do fumo. No julgado, o Relator sustentou a responsabilidade civil da empresa do tabaco pelos problemas de saúde da autora, citando inúmeras pesquisas científicas acerca da relação entre as doenças respiratórias e os trabalhadores expostos ao pó do tabaco, reconheceu que, de fato, o simples contato com a nicotina é capaz de originar inúmeras doenças, razão pela qual manteve a condenação consistente na obrigação de indenizar o trabalhador (BRASIL, 2010f).

## **5 PERFIL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS**

No âmbito das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais de Justiça Estaduais, foram identificados 162 acórdãos proferidos no período analisado, sendo que, dentre os critérios selecionados para a busca de julgados (tabagismo e indenização; indenização e cigarro; cigarro;

tabagismo; Souza Cruz e Philip Morris), não se localizou nenhum acórdão em 12 estados, quais sejam, Tocantins, Sergipe, Rondônia, Maranhão, Alagoas, Amapá, Amazonas, Pará, Pernambuco, Mato Grosso, Espírito Santo e Acre. A distribuição das ações proferidas está representada pelo gráfico abaixo:

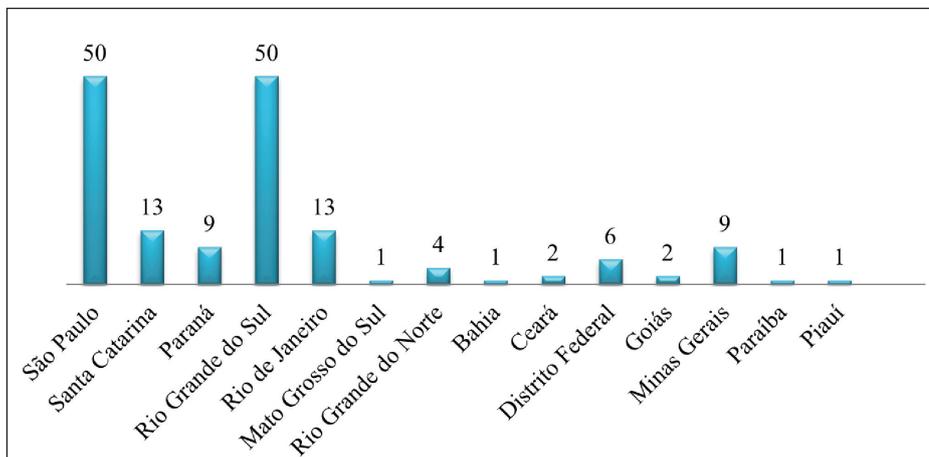


Gráfico 2 - Julgados Favoráveis à Indústria do Tabaco  
 Fonte: elaborado pelos autores (2017).

Pode-se observar que o maior número de decisões está concentrado no estado do Rio Grande do Sul e no estado de São Paulo, sendo que os argumentos jurídicos que retratam o posicionamento dos Tribunais Estaduais são as teses defendidas pelas indústrias tabagistas: prescrição, ausência denexo causal em razão da culpa exclusiva da vítima e em razão da insuficiência de elementos probatórios que a doença acometida pelo fumante originou-se do ato de fumar, a licitude da atividade de comercializar e vender o produto derivado do tabaco, a ausência de publicidade enganosa ou abusiva, a inexistência de defeito jurídico no produto, e, por fim, a ausência denexo de causalidade direto e imediato entre a propaganda massiva de cigarros realizada pela empresa e a doença acometida. O índice de tais fundamentos empregados nos acórdãos está demonstrado pelo gráfico abaixo:

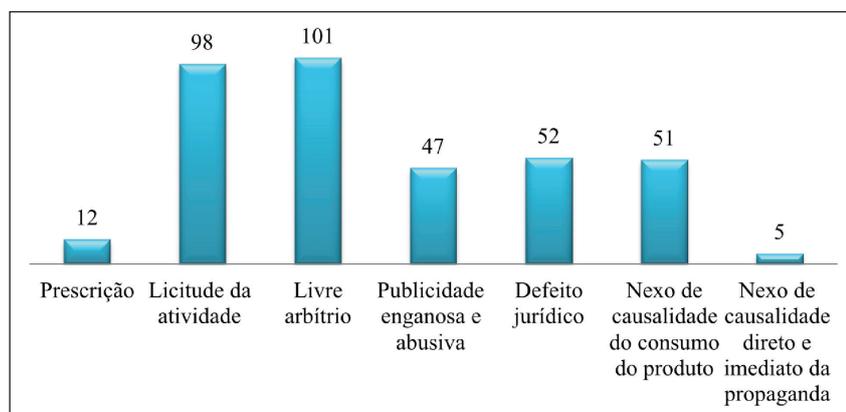


Gráfico 3 - Índice das Teses Abordadas nos Acórdãos  
 Fonte: elaborado pelos autores (2017).

Abaixo segue a compreensão dos principais argumentos que sustentaram tal posição.

## 5.1 APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PREVISTA NO ARTIGO 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em 17 julgados, reconheceu-se a prescrição do direito do consumidor com fulcro no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.” (BRASIL, 1990, *online*).

No voto proferido perante o TJPA, o Relator Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, na Apelação nº 2200.2009.027892-61001, julgada em 09/08/2011 (BRASIL, 2011c, *online*), reconheceu a prescrição da seguinte maneira:

In casu, o promovente tomou conhecimento da doença (câncer de laringe), através da biópsia realizada em 02 de abril de 1996, ajuizando a presente ação, apenas, em 23 de julho de 2009, prazo, portanto, superior ao previsto em lei, operando-se a prescrição da pretensão autoral, como bem decidido às fls. 955/960.

Logo, os acórdãos asseveram que a contagem do prazo prescricional inicia-se quando o consumidor do tabaco realizou os exames e iniciou os tratamentos, assim as demandas propostas após o período de 05 anos à ciência do prejuízo, foram extintas em razão da prescrição do direito do autor.

## 5.2 ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DAS EMPRESAS E O DANO À SAÚDE DO CONSUMIDOR – LIVRE ARBÍTRIO

Este foi o principal argumento sustentado nas decisões judiciais analisadas, segundo o qual o rompimento do nexo causal entre a conduta das empresas e o dano à saúde do consumidor ocorre diante do reconhecimento da culpa exclusiva da vítima pautada no seu livre-arbítrio, o que exclui a responsabilidade da indústria e conseqüentemente o seu dever de indenizar.

Segundo os Tribunais, a razão pela qual se reconhece a culpa exclusiva da vítima se dá devido ao fato de que o consumidor possui livre-arbítrio, eis que qualquer pessoa possui certeza dos malefícios gerados pelo cigarro e se o consumidor decide iniciar o hábito de fumar e mantê-lo faz por ato livre seu.

No TJPR, o Relator Des. José Augusto Gomes Aniceto, no acórdão nº 882083-7 (BRASIL, 2012b, *online*, grifo nosso), sustentou o livre-arbítrio do fumante nas seguintes palavras:

O consumidor, ao ser fumante, exerce o seu livre-arbítrio. Ele faz a escolha de consumir o produto, mesmo sabendo que poderia ser prejudicial à sua saúde.

Os males do consumo do cigarro são sabidos por qualquer homem médio. Se, mesmo sabendo destes males, o consumidor opta por consumi-lo, assume os riscos inerentes a tal ação.

[...]

Ainda, não serve como argumento o fato de que a nicotina, com o seu uso constante, causa dependência e, assim, retira o livre arbítrio do consumidor. Em que pese ser viciante, **a nicotina não é capaz de retirar a autodeterminação das pessoas.**

[...]

Ainda, incabível a arguição de que a vítima começou a fumar numa época que não se sabia dos males causados pelo cigarro. Em que pese nas décadas anteriores não haver uma conscientização acerca dos malefícios do consumo do produto, **os prejuízos advindos dele eram sabidos, ainda que não demonstrados com tanto vigor, como hoje em dia.**

Assim, o TJPR manifestou-se no sentido de que o vício da nicotina não reduz o discernimento do usuário em optar por manter o hábito de fumar, sendo que a dificuldade em deixar o hábito está ligada à falta de motivação e não efetivamente à dependência provocada pela nicotina, não havendo óbice, portanto, para o reconhecimento da culpa exclusiva do consumidor do cigarro pelas doenças surgidas em seu organismo.

As palavras do Relator Desembargador Mário Dos Santos Paulo, no acórdão 0007423-12.2002.8.19.0042 (BRASIL, 2010g, *online*), ilustram bem esta concepção: “seja como for – e não descarto a participação do fumo – uma certeza posso realçar: o vício do tabagismo pode ser vencido com força de vontade, e mesmo sem medicação, o que já foi constatado também por muitas outras pessoas.”

É nessa linha que o TJRS, na apelação nº 70039884853 (BRASIL, 2011d, *online*), proferida pelo Relator Túlio De Oliveira Martins, sustentou: “mais ainda, o tabagismo não afeta a capacidade de julgamento e não induz comportamentos autodestrutivos, ou seja, não é uma droga psicoativa.”

Logo, entende-se que o ato de fumar decorre exclusivamente de uma decisão livre do indivíduo, não havendo qualquer influência da indústria ou das substâncias contidas no produto capaz de determinar a escolha do fumante, razão pela qual se afasta a culpa da empresa pelas patologias oriundas do uso do cigarro.

Também se desconsidera o argumento de que a publicidade enganosa do cigarro afetaria o livre-arbítrio do consumidor, eis que a informação de que o cigarro potencialmente poderia causar males à saúde já era difundida desde 1940, razão pela qual se entende que o fato de as propagandas de cigarro da época fazerem alusão a situações de status e glamour, além de vincular-se a circunstâncias relacionadas à saúde e ao sucesso, não subtrai o livre-arbítrio de escolha entre fumar ou não. É nesse sentido que o TJCE sustentou o julgamento da apelação nº 0428563-94.2000.8.06.000 (BRASIL, 2010h).

Assim, a tese que prevalece é no sentido de que os danos oriundos do consumo do cigarro decorrem do livre-arbítrio do fumante em aderir ao uso do produto,

e não da publicidade, porque ela já vem inserida das advertências impostas pelas autoridades sanitárias.

O entendimento foi reiterado em todos os Tribunais Estaduais, com exceção do estado de Goiás, que justificou o seu entendimento pautado em outros argumentos.

### 5.3 LICITUDE DA ATIVIDADE DE FABRICAR E COMERCIALIZAR TABACO

Outro argumento repetidamente sustentado nos julgados foi o fato de que a produção e a comercialização de cigarros possuem regulamentação legal, não havendo qualquer ato ilícito praticado pela indústria do tabaco, sendo inclusive a atividade autorizada pela Constituição Federal no § 4º do artigo 220:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (BRASIL, 1988, *online*).

Os julgados consideram que a produção e comercialização de cigarros não violam nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional, sendo inclusive regulamentada pelo Poder Público, razão pela qual não se preenche um dos pressupostos para que haja o dever de indenizar, qual seja, a ocorrência de um ato ilícito.

Nesse ponto, sustenta-se também que a fabricação e a comercialização de cigarros não violam o artigo 6º, inciso I, do CDC, o qual determina que “são direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.” (BRASIL, 1990, *online*). O Relator Des. José Augusto Gomes Aniceto, em decisão proferida no acórdão nº 727416-6 (BRASIL, 2011e, *online*), perante o TJPR, considerou que:

Primeiramente, cumpre ressaltar que a fabricação do cigarro é atividade lícita e regulamentada pelo poder público, inexistindo qualquer violação ao art. 6º, inciso I, do CDC. Isto porque o cigarro não se encontra na categoria dos produtos nocivos, mas sim dos potencialmente nocivos, cujos efeitos não são determinantes para toda e qualquer pessoa. Ou seja, ao fumar, pode-se ou não desenvolver doenças em decorrência da utilização do produto. Além disso, o simples fato do cigarro poder vir a ser nocivo não caracteriza defeito ou vício, não podendo a empresa ser responsabilizada pela simples comercialização do seu produto, principalmente porque sua atividade atende às normas do Poder Público.

Logo, o cigarro não é visto pelos Tribunais Estaduais como um produto perigoso ou nocivo, mas sim como um produto potencialmente nocivo, não violando as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

#### 5.4 INEXISTÊNCIA DE PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA OU VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR SOBRE OS MALEFÍCIOS DO CONSUMO DE CIGARRO

Os Tribunais Estaduais não consideram a oferta de tabaco como uma publicidade enganosa e/ou abusiva, eis que, segundo o entendimento prevalecente, nunca houve qualquer violação do “dever de informar” sobre os malefícios do consumo de cigarro por parte do fabricante, já que, para os Tribunais, a norma reguladora da publicidade é amplamente observada pela indústria.

Sustenta-se que as indústrias de cigarros sempre atenderam aos limites legais impostos pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas regras contidas na Lei nº 9.294/96 (BRASIL, 1996)<sup>6</sup>, razão pela qual não há o que se falar em responsabilidade civil relativa aos danos suportados pelo usuário do tabaco.

Sobre o tema, o Relator Des. José Augusto Gomes Aniceto, no acórdão nº: 727416-6 (BRASIL, 2011e, *online*) esclareceu que:

[...] não se pode sustentar que as empresas se valiam de propaganda enganosa naquela época, pois estamos falando de meados dos anos sessenta, onde ainda não vigia o Código do Consumidor. Portanto, a empresa de cigarros agia de acordo com as normas vigentes naquele tempo, como costuma fazer hoje em dia.

Portanto, para os Tribunais Estaduais, a divulgação do cigarro sempre respeitou todas as normas impostas pelo Poder Público, sendo que, nas décadas passadas, nas quais havia uma ampla manipulação do consumo do cigarro, não havia qualquer norma impondo encargos às empresas ou norteando a sua conduta, razão pela qual se afirma que não há base jurídica para que a indústria seja responsabilizada por omissão em informar ou advertir o consumidor ou, até mesmo, por manipular a compreensão dos malefícios do cigarro pela população em geral.

Além da ausência de norma legal vigente à época, sustenta-se que as propagandas do cigarro veiculadas devem ser analisadas sob as regras vigentes no tempo em que o consumidor iniciou o hábito de fumar, qual seja, o Código Civil de 1916. Assim, o TJ do Ceará sustentou que não houve qualquer violação ao princípio da boa fé, visto que a única função atribuída à boa fé, na época, era a função interpretativa (BRASIL, 2010h).

Quanto ao período de vigência do Código de Defesa do Consumidor, o qual expressamente veda a oferta e publicidade abusiva e enganosa, o TJ PR afirmou que (BRASIL, 2012d, *online*):

[...] não se vislumbra a existência de propaganda abusiva ou violação ao dever de informar, até porque ausente os requisitos necessários à sua caracterização – falsidade do conteúdo da mensagem e potencialidade para induzir o consumidor em erro – pois, difícil acreditar que alguém, mesmo em épocas mais remotas, desconhecesse os malefícios do consumo do cigarro.

Nessa seara, o TJRS, na apelação nº: 70063792303, declarou que (BRASIL, 2015c, *online*):

Também não é caso de propaganda enganosa por omissão, pois o artigo 37, §3º, do Código de Defesa do Consumidor a conceitua como aquela que não refere dado essencial do produto, hipótese que a informação é capaz de alterar a intenção de compra, no entanto, as rés veiculam contundentes anúncios quanto aos riscos do consumo do cigarro.

Assim sendo, atualmente, a oferta de cigarros apresenta todos os dados essenciais do produto e não contém qualquer mensagem falsa ou capaz de induzir qualquer consumidor a erro, não havendo o que se falar em publicidade abusiva ou enganosa à luz do Código de Defesa do Consumidor.

## 5.5 INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO PRODUTO

Nessa questão, os consumidores defendem que o defeito do cigarro se revela diante das inúmeras substâncias nocivas à saúde contidas no produto. Entretanto, o entendimento que prevalece em todos os julgados é que tais substâncias não consistem juridicamente em defeito.

Cogita-se que, em consonância com o art. 9º do CDC (BRASIL, 1990)<sup>7</sup>, o cigarro é tido como produto “potencialmente nocivo” ou perigoso à saúde dos seus consumidores, e não como um produto defeituoso, visto que o defeito jurídico é aquele capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que dele ordinariamente se espera, não sendo o caso do cigarro.

Na Apelação nº 9247635-59.2008.8.26.0000 (BRASIL, 2012c, *online*, grifo nosso), julgada pelo estado de São Paulo, afirmou-se que o cigarro:

Trata-se de produto que intrinsecamente implica perigo à saúde, na medida em que é de conhecimento público há décadas e vem sendo advertido aos consumidores dos últimos anos, de modo que os riscos à saúde são razoavelmente esperados pelo consumidor, que **somente poderia considerar defeituoso o produto se o cigarro viesse sem nicotina**, ou se a bebida alcoólica fosse vendida sem álcool.

Nessa linha, o Relator Miguel Ângelo Da Silva, em seu voto proferido na Apelação nº 70057340960 (BRASIL, 2015d, *online*), defende que inexistente defeito quanto ao dever jurídico de informação:

Descabe cogitar, na espécie, de inobservância de um dever específico de informação do fabricante quanto aos malefícios do cigarro e sua correlação com inúmeras doenças advindas do seu consumo por tempo prolongado, daí não se inferindo o defeito do produto.

Nesse aspecto, o fato de o consumidor conhecer e ser advertido dos males do tabaco, e, mesmo assim, ao seu livre arbítrio, optar por consumi-lo, não há defeito do produto, visto que os riscos à saúde são razoavelmente esperados pelo fumante, e não há defeito de informação sobre os riscos à saúde.

Há de se ressaltar que o defeito jurídico no produto do cigarro não é reconhecido, inclusive, em algumas demandas julgadas favoráveis aos consumidores (BRASIL, 2011f).

No entanto, pode haver uma contradição entre a alegação da ausência de defeito do

produto e a redação da Constituição Federal, que visa à concretização do direito à saúde:

Ao Estado é imposta uma dupla obrigação, pois deve abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros, bem como deve adotar políticas que visem à concretização do direito à saúde. 'Logo, o direito à saúde está vinculado ao desenvolvimento de políticas públicas que objetivem a existência digna das pessoas, que é efetivada por meio de prestações positivas. O direito à saúde também pode ser classificado como direito de defesa, já que o Estado não pode causar danos à saúde dos indivíduos' (ALMEIDA; ACIOLI, 2012). (POTTUMATI; MEIRELLES, 2014, p. 132).

#### 5.6 AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DIRETO E IMEDIATO ENTRE A PROPAGANDA MASSIVA DE CIGARROS REALIZADA PELA EMPRESA E A DOENÇA ACOMETIDA

O TJSP e o TJRS afirmam que a publicidade veiculada pela indústria do fumo não induz necessariamente ao hábito de fumar, eis que nem todas as pessoas expostas à publicidade do tabagismo se tornam viciadas. Assim, entende-se que não há nexo causal necessário entre a conduta de fumar e a publicidade veiculada, visto que esta não é capaz de criar o hábito ao consumidor. Sobre esse aspecto o TJRS (BRASIL, 2013e, *online*) esclarece que:

A demandada age regularmente e em observância à lei ao alertar, nos maços de cigarros, acerca dos danos provocados pelo seu consumo. Além disso, sabe-se que a nicotina causa dependência. Ora, ninguém adquire o vício em decorrência das “sedutoras” propagandas de cigarro, mas, sim, por ato volitivo. Incorreto, assim, afirmar que a propaganda, inexoravelmente, leva alguém ao tabagismo.

Logo, os Tribunais acreditam que a simples publicidade do tabaco não é capaz de influir na decisão entre consumir ou não consumir o produto.

#### 5.7 AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO DE FUMAR E OS DANOS OCACIONADOS À SAÚDE

Ante a ausência de elementos probatórios de que o uso contínuo do cigarro ocasionou a doença ao consumidor, os Tribunais manifestam-se no sentido de que a enfermidade suscitada pelos autores da demanda não encontra nexo de causalidade necessária com o uso do cigarro. Argumenta-se que há não fumantes que também são acometidos de câncer de pulmão e fumadores que não contraem essa doença.

Sobre a questão, consta de forma expressa no voto do Relator Miguel Ângelo da Silva, na Apelação nº 70057340960 (BRASIL, 2015d, *online*):

De sublinhar, também, que a constatação genérica de que o cigarro contém substâncias capazes de produzir dependência química e males à saúde não é bastante, por si só, para estabelecer o indispensável nexo causal entre a conduta de fumante inveterado do autor e a eclosão do enfisema pulmonar.

Nesse mesmo viés de entendimento, o TJGO destacou (BRASIL, 2013f, *online*): “In casu, seguramente não se pode afastar a incidência de outras possíveis causas de origem patológica (alcoolismo, carga genética e *modus vivendi* do consumidor), sobretudo face à inexistência de laudo pericial conclusivo a respeito da etiologia da causa mortis da fenecida.”

Assim, pelo simples fato de o usuário ter feito uso contínuo de cigarro ao longo de vários anos não se conclui que a doença se originou das substâncias maléficas contidas no cigarro, podendo, inclusive, ter origem de outros fatores, como o modo de viver do consumidor, o alcoolismo ou o fator genético.

## 5.8 JULGADOS FAVORÁVEIS AO CONSUMIDOR

Dentre 162 julgados, foram localizadas 5 decisões favoráveis ao consumidor do tabaco, sendo 2 proferidas pelo TJRS (BRASIL, 2011h, 2012e), a seguir distribuídas:

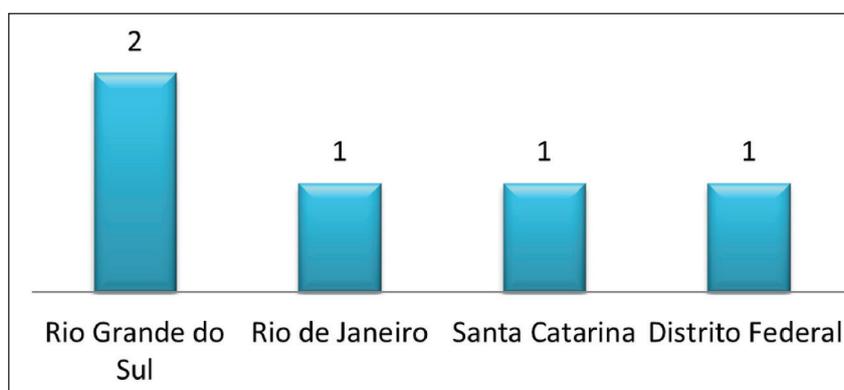


Gráfico 4 - Julgados Favoráveis ao Consumidor  
Fonte: elaborado pelos autores (2017).

No TJDF, a Relatora Vera Andrichi (BRASIL, 2016) vislumbrou o ato ilícito praticado pela empresa em razão de diversas condutas. No período anterior às normas regulamentadoras do cigarro, reconheceu o ato ilícito da campanha publicitária que associava o tabaco a uma vida saudável e prazerosa, por serem propagandas enganosas e omissas quanto aos danos advindos do produto e de seus componentes.

Posteriormente, na vigência das normas regulamentares do Ministério da Saúde, quando os fabricantes passaram a divulgar a informação de que o fumo faz mal à saúde, o ato ilícito é caracterizado pela presença das mensagens subliminares nas carteiras de cigarros, bem como devido ao fato de que a publicidade continuou a fazer a associação do uso do cigarro com um estilo de vida saudável, tais afirmações foram comprovadas pela perícia técnica.

Desse modo, a relatora reconheceu que tais práticas comerciais ensejaram a dependência física à fumante. Nesse aspecto, afirmou que “colocar no mercado produto com substâncias que causam vício e reconhecidos riscos à saúde é também fonte de responsabilização do fabricante.” (BRASIL, 2016, *online*). A suposta alegação do livre-arbítrio do consumidor na escolha entre manter o vício ou não é afastada da seguinte maneira:

Essa alegação de defesa da ré já foi por diversas vezes, analisada em outros julgamentos restando clara a influência sofrida pelo consumidor para iniciar o uso do produto oferecido no mercado. Quanto ao livre arbítrio de interromper o uso, é de conhecimento notório que a presença de nicotina impede ou pelo menos dificulta muito ao consumidor fazer opção totalmente livre e consciente de sua vontade e deixar de consumir o cigarro (BRASIL, 2016, *online*).

Logo, a tese da culpa exclusiva do consumidor, que sustenta que o abandono ao vício se trata de uma simples escolha do usuário, não é aceita, visto que a doença crônica adquirida ocorreu em razão das substâncias tóxicas contidas no cigarro, e não em razão do ato voluntário e consciente do consumidor.

No TJRJ, a relatora Mônica Maria Costa, ao reconhecer a responsabilidade da indústria do tabaco, consignou que, de fato, no período vigente do Código Civil de 1916, não existia norma ao fornecedor de produtos e serviços impondo o dever de informar sobre os riscos e malefícios daquilo que inseria no mercado de consumo, porém não ignorou a existência de outros vetores axiológicos, como os princípios da boa-fé e da lealdade contratual, os quais certamente foram violados, quando as informações sobre os males causados pelo uso contínuo do tabaco não foram passadas ao consumidor, sendo certo que, mesmo que não o soubessem, tinham o dever legal, ao introduzirem o produto no mercado, de conhecer tal circunstância, devendo ser responsabilizados por sua omissão. Por fim, concluiu que a simples licitude da atividade da indústria não pode afastar a sua responsabilidade, devendo a empresa reparar o dano ao consumidor (BRASIL, 2011f).

O Relator Stanley da Silva Braga do TJSC consignou que, em consonância com o parágrafo único do artigo 927 do CC (BRASIL, 2002)<sup>8</sup>, o dano advindo do consumo do cigarro é um risco inerente da atividade desenvolvida pela indústria fumageira, por isso, a responsabilização transborda a análise da licitude ou não da conduta do agente. Sobre a oferta do produto, o relator reconheceu a conduta comissiva de propagandear enganosamente e a conduta omissiva da empresa, ante o dever de informar, sob o manto da boa-fé objetiva e da eticidade, princípios que sempre estiveram presentes nas relações contratuais. Por fim, o relator considerou que, em razão da informação tardia acerca de seus malefícios, ocultada propositadamente do público por tantos anos, o cigarro deve ser considerado como defeituoso pela ausência de informação clara e precisa (BRASIL, 2013g).

## 6 DA DESARMONIA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO

A partir da coleta da jurisprudência brasileira, revelou-se a contrariedade dos fundamentos expostos nas decisões entre as esferas, em diversos fatores a seguir evidenciados.

O ponto que merece destaque é o tratamento dado ao nexos de causalidade entre a doença desenvolvida e o contato com a nicotina, ou seja, se é possível reconhecer que o uso

contínuo do cigarro é capaz de ocasionar, ou então agravar ou contribuir, para o surgimento das mais diversas patologias, para fins de responsabilização da indústria do tabaco.

Nessa questão, o entendimento conferido pelo Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o simples contato do indivíduo com a nicotina é capaz, por si só, de originar inúmeras doenças. Nesse viés, a produção de provas se revela desnecessária para se auferir se o consumo de cigarro foi determinante ou não para ocasionar os danos à saúde. Tal posição se fundamenta, perante as inúmeras pesquisas científicas, que revelam os riscos potenciais altíssimo do consumo de cigarro. Ainda, para o TST, mesmo que o laudo pericial revele a ausência de nexo de causalidade, a responsabilidade da indústria é caracterizada sob o aspecto de que o consumo de cigarro é visto como uma concausa ou agravante para o acometimento da patologia.

Inverso é o tratamento dado pelos Tribunais Estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, ao acreditarem que o fato de haver fumantes que desenvolvem a patologia e fumantes que não desenvolvem a mesma patologia, não é possível reconhecer que o uso contínuo do cigarro ocasionou ou concorreu para o surgimento da patologia no organismo do fumante. Ainda, reconhecem que a simples incidência de outros fatores para o surgimento da patologia, como a carga genética, o alcoolismo e o modo de viver do consumidor, é motivo capaz de afastar a existência do nexo de causalidade e, conseqüentemente, a responsabilidade civil da indústria.

Ainda, sobre o nexo de causalidade, os Tribunais Regionais Federais, ao concederem os benefícios previdenciários aos enfermos, curvam-se no raciocínio de que a doença acometida é oriunda do tabagismo, ou então confessam que o tabagismo contribuiu para o surgimento da patologia, e em alguns casos, reconhecem que a atenuação dos sintomas da patologia é possível desde que o assegurado suspenda o tabagismo. Dessa forma, aceitam o nexo de causalidade entre a doença e o contato com o tabaco.

Também, sob o aspecto do nexo de causalidade, a esfera trabalhista afirma que o fato de o cigarro ser considerado um produto potencialmente nocivo não afasta, por si só, o nexo de causalidade. Já para os Tribunais Estaduais, a potencialidade nociva do produto não pode dar ensejo à responsabilidade pela produção e pela comercialização do produto.

A tese da licitude da atividade de fabricar e de comercializar os produtos derivados do tabaco também é tratada de forma bem dessemelhante entre as esferas.

Para o Tribunal Superior do Trabalho, a circunstância de a atividade ser permitida pelo Poder Público em nada influi no reconhecimento da afronta aos direitos à saúde e à vida, ou seja, o TST não ignora o fato de que, no desempenho de uma atividade lícita, pode sobrevir à ocorrência de um ato ilícito praticado pela indústria, suscetível de gerar o dever de indenizar o dano.

Contrariamente, os Tribunais Estaduais se posicionam no sentido de que se a fabricação e a comercialização dos produtos derivados do cigarro são regulamentadas pelo Poder Público, ou seja, consideradas atividades lícitas, não é possível que, no desempenho de tais atividades,

a indústria seja responsabilizada pelo ato de fabricar e comercializar, ignorando os atos ilícitos praticados no desempenho de tal atividade.

A questão do livre-arbítrio entre a opção de consumir ou não os produtos derivados do tabaco e entre a opção de exercer ou não a função de provador de cigarros também é tratada de forma distinta entre as esferas.

Para o TST, o fato de a pessoa possuir liberdade de escolha entre exercer ou não a atividade de provador de cigarros em nada influi na responsabilidade da indústria em reduzir os riscos inerentes da atividade de usar o cigarro. Já os Tribunais Estaduais e o STJ acreditam que o ato de fumar decorre exclusivamente de uma decisão livre do indivíduo, o que importa no reconhecimento da culpa exclusiva do consumidor e no afastamento da responsabilidade civil da indústria pelas patologias oriundas do uso do cigarro.

Também outro contrassenso se refere à valoração da conduta da empresa tabagista ao omitir os dados sobre os malefícios oriundos do consumo do cigarro.

O Tribunal Superior do Trabalho não ignora a notória realidade de que as indústrias sempre tiveram conhecimento de que o consumo de cigarro vicia e causa inúmeras doenças, porém maliciosamente omitiram tal informação. Assim, as decisões consideram que, em razão dessa consciência, é possível afirmar que a indústria criou o risco de produzir o resultado, qual seja, o surgimento de inúmeras doenças, e assumiu o ônus de ressarcir os danos ocasionados à pessoa.

Já os Tribunais Estaduais consideram que, na época em que a indústria omitiu as informações sobre os males do tabaco, não havia lei que obrigasse a divulgação das características do produto. Por efeito, a indústria não praticou qualquer conduta contrária à lei, capaz de gerar a responsabilidade civil. Nesse viés, para os Tribunais Estaduais, é compreensível a conduta de manipular a compreensão dos malefícios do cigarro pela população em geral, desde que anteriormente às normas reguladoras do tabaco.

Por fim, destaca-se que o Tribunal Superior do Trabalho é expresso no sentido de que entre proteger o direito à saúde ou proteger a liberdade econômica, deve prevalecer o direito à saúde. Já os Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça, muito embora não declarem expressamente a opção em proteger a iniciativa econômica, os parâmetros de suas decisões revelam a proteção da liberdade econômica em detrimento da proteção da saúde. Já os Tribunais Regionais, ensinam que a atividade de produção de fumígenos é uma atividade apenas tolerada pela Constituição, não havendo que se falar em livre iniciativa nessa seara.

Diante de tais premissas, observa-se que o tratamento jurídico dado aos consumidores do cigarro e o tratamento jurídico dado aos provadores de cigarro se contrariam em inúmeros aspectos, o que, por consequência, os danos advindos do contato com os produtos derivados do tabaco apenas são ressarcidos aos trabalhadores, ficando, assim, inviabilizado o ressarcimento aos consumidores, muito embora sejam decorrentes do mesmo fator determinante da doença.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da coleta dos julgados que envolvem os danos ocasionados pelo contato com os produtos derivados da nicotina, em âmbito nacional, tornou-se claramente perceptível que, com exceção aos julgados da Justiça do Trabalho, a responsabilidade pelos danos é transferida para a sociedade civil, estando, assim, a indústria do tabaco livre de qualquer ônus que sua atividade econômica é capaz de gerar.

Nesse aspecto, não há dúvidas de que a premissa jurídica dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça não está em consonância com o desenvolvimento da ciência e do direito privado contemporâneo, sendo motivada pelos argumentos apresentados pelas empresas fabricantes de cigarro.

Ocorre que a inobservância do ordenamento jurídico, como das disposições do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção-Quadro para controle do tabaco, bem como a dissonância com a realidade fática apresentada pela comunidade científica e a desconsideração, ou até mesmo a ignorância das estratégias adotadas pela indústria tabagista, afeta intensamente toda a população brasileira e contribui negativamente para o controle do tabagismo.

Em primeiro lugar, os custos com o tratamento de saúde e os custos com o setor previdenciário são unicamente suportados pela população, sendo que, até o momento, não se constata qualquer debate no âmbito do Poder Judiciário sobre a patente obrigação da indústria em arcar com os prejuízos gerados pelo seu ato.

Ainda, os danos materiais e morais atribuídos pelo consumo do cigarro são ignorados pelos tribunais. Constantemente, afirma-se que a nicotina não é capaz de retirar a autodeterminação da pessoa; que a simples possibilidade de concorrer outros fatores para o acometimento da patologia, além do uso contínuo do cigarro, é capaz de isentar a responsabilidade civil da indústria; também, o simples fato de que, nas décadas passadas, não havia regulamentação jurídica da oferta dos produtos derivados do tabaco, justifica-se a conduta maliciosa de manipular a compreensão dos malefícios do cigarro pela população em geral e desconsidera-se o poder persuasivo da publicidade, afirmando que ninguém adquire o vício em decorrência das ofertas de cigarro, mas, sim, por ato volitivo. Certamente tais crenças lesam os direitos fundamentais do consumidor, em ser ressarcido pelos danos que o consumo do produto ocasionou à saúde e, inegavelmente, contribuíram para o retrocesso ao combate ao tabagismo no Brasil.

Em contrapartida, a premissa jurídica dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça do Trabalho é oposta ao acolherem as pesquisas científicas, os valores éticos e a boa-fé objetiva.

De forma majoritária, os Tribunais Regionais Federais, em consonância com a realidade fática e científica, reconhecem o poder persuasivo da publicidade, afirmando que a introdução das imagens capazes de provocar repulsa não é uma atitude anti-informativa nem contrária às condições para que o indivíduo possa deliberar de forma livre e autônoma, nas quais, segundo os estudos científicos, constata-se o aumento da precisão e da eficiência decisórias pelo influxo destes. Dessa forma, é certo que a oferta do cigarro é capaz de contribuir para

adquirir o vício oriundo do consumo da nicotina; e, ainda, ao concederem os benefícios previdenciários ao enfermo, os Tribunais afirmam que, de fato, o tabagismo contribuiu para o surgimento da doença, reconhecendo onexo causal entre a patologia e o tabagismo.

Nessa linha, em consonância com o ordenamento jurídico, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho consideram que a concorrência de outros fatores para o acometimento da doença não afasta, por si só, o nexo de causalidade entre a doença e o contato com a nicotina. Também, em consonância com o Código Civil, reconhecem a responsabilidade da indústria pela omissão da divulgação das características essenciais dos produtos derivados do tabaco, afirmando que, mesmo se a indústria não tivesse consciência, ela tinha o dever jurídico de saber, razão pela qual ela criou o risco de produzir as lesões e assumiu o ônus de indenizar os danos. O que, em razão de inúmeros outros fundamentos jurídicos e científicos, inconcebível é a isenção da responsabilidade da indústria.

Assim sendo, considerando que o maior índice de danos é decorrente do consumo dos produtos derivados do tabaco, visto que, somente entre o ano de 2010 e 2016, encontraram-se 162 julgados, apreende-se que a atuação do Poder Judiciário em pouco contribui para o combate ao tabagismo no Brasil, muito embora possua todos os suportes fáticos e jurídicos para atuar de uma maneira oposta e alterar o cenário que se vivencia atualmente.

Por fim, reitera-se que a atuação do Poder Judiciário em muito poderia contribuir para a redução dos danos ocasionados pelo tabagismo, isso se superasse a ideia de que a atividade de fabricar e comercializar tabaco contribui para gerar maior arrecadamento de impostos e riquezas, e não dissociasse a realidade fática da norma jurídica.

## HISTORICAL EVOLUTIONS OF THE JUDICIARY'S PERFORMANCE IN THE CONTROL OF TOBACCO THROUGH JUDICIAL DECISIONS

### ABSTRACT

This article discusses the importance of the Judiciary's role in tobacco control, with the main objective of contributing and improving the study of the topic, with a focus on jurisprudence dealing with damages caused by contact with tobacco products. It can be concluded that, based on the collection of national judgments, delimited in the period between January 1, 2010 and August 30, 2016, it has become clearly noticeable that, for the most part, liability for damages is transferred to the Civil society, leaving the tobacco industry free of any burdens that its economic activity is capable of generating. Furthermore, it is concluded that the judiciary actions may contribute to reducing the damages caused use of tobacco products. For this, the present study used the bibliographical research technique to instrumentalism the present scientific article, through the inductive logic base to report the results of the work, as well as the documentary and legislative methodology.

**Keywords:** Civil liability of the tobacco industry. Judicial decisions. Control of smoking.

## EVOLUCIONES HISTÓRICAS DE LA ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN EL CONTROL DEL TABAQUISMO A TRAVÉS DE DECISIONES JUDICIALES

### RESUMEN

El presente artículo trata sobre la importancia de la actuación del Poder Judicial para el control del tabaquismo, teniendo como objetivo principal contribuir y perfeccionar el estudio del tópico, con enfoque en las jurisprudencias que tratan de daños ocasionados por el contacto con los productos derivados del tabaco. Se puede concluir que, con base en colecta de juzgados nacionales, delimitada en el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 al 30 de agosto de 2016, se ha notado claramente que, en su gran mayoría, la responsabilidad por los daños recae en la sociedad civil, restando a la industria del tabaco libre de cualquier obligación que su actividad económica sea capaz de generar. Sin embargo, se concluye que la actuación del Poder Judicial puede contribuir a la reducción de los daños ocasionados por el uso de productos derivados del tabaco. Para ello, el presente estudio utilizó la técnica de revisión bibliográfica para instrumentalizar el artículo científico, a través de la base lógica inductiva para relatar los resultados del trabajo, así como la metodología documental y legislativa.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil de la industria tabacalera. Decisiones judiciales. Control del tabaquismo.

- 
- 1 Súmula 7ª do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (BRASIL, 2018b, 2018c).
  - 2 “Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: [...] X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco.” (BRASIL, 1999, *online*).
  - 3 “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” (BRASIL, 1990, *online*).
  - 4 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988, *online*).
  - 5 (vide, entre outras, a seguinte notícia publicada em 03/08/2014 na internet: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/produtores-de-tabaco-enfrentam-doencas-fisicas-psiquicas-no-rs-13473703>>). Tudo isto está a apontar mais um motivo para afastar, o quanto antes, a autora das lides no campo, considerada sua avançada idade.
  - 6 “Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.” (BRASIL, 1996, *online*).

- 7 “Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.” (BRASIL, 1990, *online*).
- 8 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002, *online*).

## REFERÊNCIAS

ALIANÇA DO CONTROLE DO TABAGISMO. **Ação Civil Pública com Pedido de Antecipação de Tutela**. 2007. Disponível em: <<http://actbr.org.br/pdfs/acao-procuradoria.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

AGENCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 54 de 06/08/2008. Altera a RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003, que dispõe sobre as embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco. **Portal Anvisa**, 2008. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/legislacao/?inheritRedirect=true#/visualizar/28223>>. Acesso em: 8 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 4 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9294.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm)>. Acesso em: 4 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.html)>. Acesso em: 4 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 4 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.022119-3/DF**. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, j.

19.09.2005. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200501000221193&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804 - RS (2009/0043881-7). 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **DJe**, 24 jun. 2010a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200900438817&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200900438817&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 886.347 - RS (2006/0159544-9), 4ª Turma do STJ. Relator: Ministro Honildo Amaral De Mello Castro, j. 25/05/2010. **DJe**, 8 jun. 2010b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200601595449&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200601595449&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Apelação Cível** nº 200334000078027/DF. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, j. 10.12.2010c. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200334000078027&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 120300-89.2003.5.01.0015**. 7ª Turma do TST. Relator: Ministro Pedro Paulo Manus, j. 24.11.2010d. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=120300&digitoTst=89&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0015&submit=Consultar>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Conflito de competência nº 2022426-69.2008.5.00.0000**. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do TST. Relator: Ministro Renato De Lacerda Paiva, j. 2.3.2010e. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2022426&digitoTst=69&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=00&varaTst=0000&submit=Consultar>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Recurso ordinário nº 02131-2008-002-12-00-4 -2**. Primeira Câmara. Do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Relatora: Águeda Maria Lavorato Pereira. Julgado em 18 de agosto de 2010f. Disponível em: <<http://www.rmmgadogados.com.br/index.php/pt-br/publicacoes-smart/noticias/item/prescricao-de-doenca-profissional-segue-artigo-205-do-cc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0007423-12.2002.8.19.0042**. 4ª Câmara Cível do TJRJ. Relator: Desembargador Mário Dos Santos Paulo, j. 1.6.2010g. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000118733>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação Cível nº 0428563-94.2000.8.06.000**. 2ª Câmara Cível do TJCE. Relatora: Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, j. 3.12.2010h. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=62203&cdForo=0>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.081.784 - RS**. (2008/0173854-0), 3ª Turma do STJ. Relator: Ministro Massami Uyeda, j. 07.12.2010i. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200801738540&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200801738540&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.105.768 - RN**. (2008/0260539-0). 3ª Turma do STJ. Relator: Ministra Nancy Andrichi, j. 01.06.2010j. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200802605390&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200802605390&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº: 0026898-63.2008.404.7100**. Terceira Turma do TRF da 4ª Região. Relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, j. 20/04/2010k. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=00268986320084047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=55e330b6707246b0a5cfd04a56181d40&txtPalavraGerada=DUhF&txtChave=>](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=00268986320084047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=55e330b6707246b0a5cfd04a56181d40&txtPalavraGerada=DUhF&txtChave=>)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Apelação Cível nº 0803332-21.2010.4.02.5101**, Primeira Turma Especializada do TRF da 2ª Região. Relator. Desembargador Abel Gomes, j. 25.10.2011a. Disponível em: <[http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=08033322120104025101&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=08033322120104025101&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de Câncer. **Doença da folha verde do tabaco preocupa autoridades no Brasil**. Rio de Janeiro: INCA, 2011b. Disponível em: <[http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2011/doenca\\_da\\_folha\\_verde\\_do\\_tabaco\\_preocupa\\_autoridades\\_no\\_brasil](http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2011/doenca_da_folha_verde_do_tabaco_preocupa_autoridades_no_brasil)>. Acesso em: 3 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Apelação Cível nº 2200.2009.027892-61001**. 4ª Câmara Cível do TJPA. Relator: Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, j. 9/8/2011c. Disponível em: <[http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?jp\\_search=1&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&wc=200&wc\\_mc=1&ud=1&getfields=\\*&proxystylesheet=consultas&sort=date:D:S:d1&aba=JP&l\\_r=lang\\_pt&ulang=ptBR&access=p&entqrm=0&q=cigarro+2011+inmeta:ano\\_julgamento%3D2011+inmeta:classe\\_cnj%3DApela%C3%A7%C3%A3o&dnavs=inmeta:ano\\_julgamento%3D2011+inmeta:classe\\_cnj%3DApela%C3%A7%C3%A3o&client=consultas&filter=0&as\\_q=&start=10&site=jurisprudencia](http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?jp_search=1&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&wc=200&wc_mc=1&ud=1&getfields=*&proxystylesheet=consultas&sort=date:D:S:d1&aba=JP&l_r=lang_pt&ulang=ptBR&access=p&entqrm=0&q=cigarro+2011+inmeta:ano_julgamento%3D2011+inmeta:classe_cnj%3DApela%C3%A7%C3%A3o&dnavs=inmeta:ano_julgamento%3D2011+inmeta:classe_cnj%3DApela%C3%A7%C3%A3o&client=consultas&filter=0&as_q=&start=10&site=jurisprudencia)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70039884853**. Décima Câmara Cível do TJRS. Relator: Desembargador Túlio De Oliveira Martins, j. 31.3.2011d. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 727416-6**. 9ª Câmara Cível do TJPR. Relator: Desembargador José Augusto Gomes Aniceto, j. 17.2.2011e. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec96f4ae29694e562cea1f0f6e51fe9eb88>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0000051-90.2002.8.19.0210**. 8ª Câmara Cível do TJRJ. Relatora: Desembargadora Mônica Maria Costa, j. 22.3.2011f. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000102761>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº 2008.51.01.023632-3**. Sexta Turma Especializada do TRF da 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Carmen Silvia Lima de Arruda j. 16.11.2011g. Disponível em: <[http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?procorig=200851010236323&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=0](http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?procorig=200851010236323&andam=1&tipo_consulta=1&mov=0)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042486977**. Nona Câmara Cível do TJRS, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 24.08.2011h. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão nº 0000489-60.2010.5.04.0451 RO**. 7ª Turma do TRT da 4ª Região. Relator: Desembargador Marçal Henri Dos Santos Figueiredo, j. 29.2.2012a. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sistema/consulta-processual/pagina-processo?numeroProcesso=0000489-60.2010.5.04.0451>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 882083-7**. 9ª Câmara Cível do TJPR. Relator: Desembargador José Augusto Gomes Aniceto, j. 21.6.2012b. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec9df31b347611a819f8c92a7c72ede65b2>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9247635-59.2008.8.26.0000**. 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Relatora: Desembargador Ramon Mateo Júnior, j. 5.9.2012c. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00VG1X0000>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 928798-1**. 9ª Câmara Cível do TJPR. Relator: Desembargador Luiz Macedo Junior, j. 22.11.2012d. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec95137fdd6f78da37e0d0352b5778fc101>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042043091**. Nona Câmara Cível do TJRS. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 12.9.2012e. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4874 - Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator: Ministra Rosa Weber. 2013a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4874&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Embargos nº 120300-89.2003.5.01.0015**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, j. 21/2/2013b. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=120300&digitoTst=89&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0015&submit=Consultar>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 129100-11.2006.5.01.0045**. 8ª Turma. Relatora: Juíza Convocada Maria Laura Franco Lima de Faria, j. 27.02.2013c. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23577628/embargos-declaratorios-embargos-declaratorios-recurso-de-revista-ed-ed-rr-1291001120065010045-129100-1120065010045-tst/inteiro-teor-111750918>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (13. Região). **Recurso ordinário nº 0054800-11.2010.5.13.0011**. Rel. Francisco de Assis Carvalho e Silva, j. 19.3.2013d. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/informarProcesso.jsf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053112041**. Sexta Câmara Cível do TJRS. Relator: Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, j. 12.9.2013e. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 331320-19.2011.8.09.0087**. 3ª Câmara Cível do TJGO. Relator: Desembargador Stenka I. Neto, j. 18.6.2013f. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/505997079/apelacao-civel-n-0155812652014-04-10-2017-do-tjgo>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2013.050617-9**. Sexta Câmara de Direito Civil do TJSC. Relator: Stanley da Silva Braga j. 5.12.2013g. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2013050-61.1979&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_fb9135ad9aef49679b742c3c9bf852e5&g-recaptcha-response=](https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2013050-61.1979&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_fb9135ad9aef49679b742c3c9bf852e5&g-recaptcha-response=)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº 2012.51.01.006081-9**. Sexta Turma Especializada do TRF da 2ª Região. Relator: Desembargadora Federal Carmen Silvia Lima de Arruda, j. 11/11/2013h. Disponível em: <<http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº: 2004.61.00.031446-3/SP**. Quinta Turma do TRF da 3ª Região. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 03.12.2013i. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=200461000314463>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Apelação Cível nº 0000302-22.2014.4.02.9999**. 1ª Turma. Relator: Desembargador Antonio Ivan Athié, j. 17.07.2014a. Disponível em: <[http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=00003022220144029999&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3#](http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=00003022220144029999&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3#)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 0016049-55.2014.404.9999**. 5ª Turma. Relator: Desembargador Rogério Favreto, j. 28.10.2014b. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=00160495520144049999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=55e330b6707246b0a5cfd04a56181d40&txtPalavraGerada=DUhF&txtChave=](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=00160495520144049999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=55e330b6707246b0a5cfd04a56181d40&txtPalavraGerada=DUhF&txtChave=)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho. **Agravo de Petição nº 0120301-74.2003.5.01.0015**. 1ª Turma do TRT da 1ª Região. Relatora: Desembargadora Federal do Trabalho Mery Bucker Caminha, j. 16.9.2014c. Disponível em: <<http://consulta.trtrio.gov.br/portal/processoListar.do;jsessionid=0a01403630d67408c670942945d68e77d8bd08ad894a.e3uMb3eNbxaoe34KcheLaxiTax50n6jAmljGr5XDqQL-vpAe>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 2 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.101.949 - DF (2008/0255973-6). 4ª Turma do STJ. Relator: Ministro Marco Buzzi, j. 08.06.2015. **DJe**, 8 jun. 2015b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200802559736&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200802559736&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70063792303**. Sexta Câmara Cível do TJRS. Relator: Luís Augusto Coelho Braga, j. 3.11.2015c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70057340960**. Nona Câmara Cível do TJRS. Relator: Desembargador Miguel Ângelo Da Silva, j. 16.12.2015d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Distrito Federal. **Apelação Cível nº 20150710298402**. 6ª Turma Cível do TJDF. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi, j. 30.3.2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg i1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20150710298402A PC>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). **Ação civil Pública nº 0000654-19.2010.5.10.0006**. Disponível em: <<https://www.trt10.jus.br/index.php>>. Acesso em: 26 abr. 2018a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7ª do STJ**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>. Acesso em: 26 de abr. 2018b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7ª do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 26 abr. 2018c.

EFING, Antônio Carlos; MOTTIN, Letícia. **Projeto de pesquisa para curso de capacitação de pesquisadores rede paranaense para o controle do tabaco em mulheres: evoluções da atuação do poder judiciário no controle do tabagismo**. 2017. Em andamento.

FROI, Camila. Famílias brasileiras que cultivam tabaco sofrem de overdose de nicotina. **Galileu**, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/04/familias-brasileiras-que-cultivam-tabaco-sofrem-de-overdose-de-nicotina.html>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POTTUMATI, Eduardo Carlos; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A Judicialização da saúde e seus desafios. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 12, n. 16, p. 130-146, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/255/144>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

PROVADORES de cigarros são treinados por 4 meses. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 4 ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u56224.shtml>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

# IL DIRITTO INTERNAZIONALE PUÒ SCONGIURARE LE GUERRE?\*

Livio Perra\*\*

1 Introduzione. 2 Gli strumenti del diritto internazionale. 3 La Lega delle Nazioni. 4 La Carta delle Nazioni Unite. 5 Il problema della sovranità nazionale. 6 Le maggioranze. 7 Le sanzioni e le misure. 8 I poteri coercitivi e l'uso della forza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. 9 Le operazioni di peace-keeping 10 La deroga al divieto dell'uso della forza per legittima difesa e la guerra giusta. 11 La pace giusta e il diritto dei popoli alla pace. 12 La cultura della pace. 13 Conclusioni. Bibliografia.

## RIASSUNTO

Nel presente articolo l'autore muove la sua analisi partendo dall'interrogativo se il diritto internazionale possa scongiurare le guerre. Il diritto internazionale ha sempre ricercato l'obiettivo di dirimere le controversie tra gli Stati in maniera pacifica. La spinta verso questo fine si avverte in misura maggiore dopo i grandi conflitti bellici. La Lega delle Nazioni vede la propria nascita in funzione di questo intento pacificatore. Anche se viene definita come una impresa fallimentare, l'autore ritiene che abbia posto le basi per i successivi progressi. Importanti passi vengono compiuti dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, la quale cerca di salvaguardare la pace attraverso l'utilizzo di misure che contemplano l'uso della forza e misure che non prevedono l'utilizzo della forza. In particolare, l'autore esamina entrambe le tipologie di strumenti e giunge alla conclusione che anche questo approccio sembra non essere del tutto efficace. Egli esamina il concetto di pace giusta ed il diritto dei popoli alla pace. Infine, l'attenzione si concentra sulla tendenza più recente alla promozione dell'educazione alla cultura della pace.

**Parole chiave:** Pace. Diritto Internazionale. Diritto dei popoli alla pace. Cultura della pace.

## 1 INTRODUZIONE

\* A Revista Opinião Jurídica agradece ao Sr. José Ilo Mota, responsável pela revisão da língua italiana.

\*\* Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos per la escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza y Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Cultore dela matéria (Diritto Privato, IUS/01) per la Università degli Studi de Caligari. Specializzazione in Professione Legale, indirizzo Giudiziario – Forense per la Università degli Studi de Cagliari. Praticante avvocato abilitato ad esercitare il patrocinio nanti ai Tribunali del distretto dela Corte d' Appello di Caligari, limitadamente ai procedimenti de cui all' art. 7 della legge 16.12.1999 n. 479 della Ordine degli Avvocati di Cagliari. Laurea Specialistica in Giurisprudenza per la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi de Cagliari. Professore a Contratto di Diritto del Lavoro, presso l'Università degli Studi di Sassari. Professore a Contratto di Istituzioni di Diritto Penale e Legislazione Minorile, presso l'Università degli Studi di Sassari. E-mail: <livio.perra@tiscali.it>. <https://orcid.org/0000-0002-1045-1206>

Sin dalla fine della seconda Guerra Mondiale si è avuto il timore di ogni nuova guerra. Si pensi ai conflitti nei Balcani, visti con preoccupazione in Italia e spesso definiti come la “guerra vicina”. Ancor oggi le notizie nei giornali di determinati fatti o focolai di guerra rievocano i ricordi dei due grandi conflitti mondiali del ventesimo secolo e provocano inquietudine all’idea di una vera e propria terza guerra mondiale.

Nel presente lavoro si analizzerà la possibilità del diritto internazionale di evitare o arginare sul nascere ogni guerra e il suo diffondersi su scala globale o l’attenuazione degli strumenti di morte e distruzione cruenti e dei danni ai civili.

I primi discorsi sulla pace nei tempi moderni arrivano all’alba della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948, cioè dopo la seconda guerra mondiale. Non vi è dubbio, infatti, che il valore più sentito nell’immediato secondo dopoguerra è la pace. Troppo forte era il ricordo doloroso delle devastazioni e degli orrori. L’arma atomica aveva scosso la vita di tutti: nelle persone ha iniziato a serpeggiare il timore che la guerra con questi nuovi armamenti potesse determinare addirittura la fine della civiltà.

## 2 GLI STRUMENTI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Il diritto internazionale sin dalle sue origini ha sempre cercato soluzioni alternative ai conflitti tra gli Stati per risolvere i dissidi tra essi.

Nel periodo delle monarchie assolute era il sovrano ad impegnarsi personalmente negli accordi con altri sovrani per la non belligeranza. Il rispetto di tali patti era spesso garantito dal senso dell’onore del regnante stesso,<sup>1</sup> che sarebbe andato perso dall’infrangersi del trattato stipulato.

Va, senza dubbio, evocata la figura della nobile categoria dei diplomatici, di storica memoria, i quali mediavano per la conclusione di accordi tra le nazioni. Essi hanno prestato la loro minuziosa attività per mantenere la pace tra i popoli.

Con la seconda guerra mondiale si è assistito alla “crisi del diritto internazionale”: nazioni che si erano dichiarate neutrali come il Belgio, l’Olanda, la Norvegia, la Danimarca e la Grecia sono state oggetto di attacco ed invasione senza complimenti.

Nello scenario post bellico gli Stati hanno avvertito l’esigenza di collaborare alla pace comune, con la fondazione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1945. Vi è un precedente storico importante: l’istituzione della Lega delle Nazioni con il trattato di pace del 1919.

## 3 LA LEGA DELLE NAZIONI

Nel contesto del trattato di Versailles del 1919, con cui si sancisce ufficialmente la fine della prima guerra mondiale, gli Stati riuniti nella conferenza di pace si pongono l’obiettivo ambizioso di trovare una soluzione per impedire che un conflitto di tali dimensioni si

ripeta. Tra i vari uomini che rappresentano gli Stati vi sono il primo ministro del Regno Unito, David Lloyd George, il presidente del Consiglio dei ministri francese Georges Benjamin Clemenceau, il presidente degli Stati Uniti d'America Thomas Woodrow Wilson e il presidente del Consiglio dei ministri italiano Vittorio Emanuele Orlando. In questa conferenza di pace si forma l'idea di addivenire al Patto della Società delle Nazioni. Vi sono varie idee, che vanno temperate, portate dai vari rappresentanti dei singoli Stati. Wilson si fa promotore della Lega delle Nazioni e cerca di portare all'interno di questo patto i quattordici punti che aveva formulato in vista della conferenza di pace di Parigi qualche tempo prima. L'obiettivo del Patto della Società delle Nazioni è quello di istituire un organismo internazionale che sia capace di dirimere ogni controversia che sorgerà tra gli Stati in maniera pacifica, evitando i conflitti con due strumenti importanti: la soluzione diplomatica delle controversie ed il controllo degli armamenti. Il fine comune da perseguire è comunemente inteso nel rispetto dell'assetto politico territoriale stabilito nei trattati di pace. Wilson predica il principio di autodeterminazione dei popoli e, per assicurare il carattere di universalità, insiste perché lo statuto della Lega delle Nazioni sia incluso nel Trattato di Pace, esplicitando in tal modo l'intento di far divenire l'accettazione dei due indivisibile.

Il carattere universale favorisce la presenza di quasi tutte le nazioni del mondo in maniera tale da scongiurare ogni possibile conflitto, se non fosse per il fatto che concretamente gli Stati Uniti d'America non ratificano il patto, inoltre è assente la Germania in quanto sconfitta e con interessi confliggenti rispetto ad alcuni di quelli in suo danno degli Stati vincitori che sono trasfusi nel patto, e nemmeno la Russia è presente. Orlando mette in discussione nel suo scritto *La crisi del Diritto internazionale* il carattere di universalità osservando la mancanza proprio di questi tre Stati. Inoltre, l'autorità di questo nuovo "ordinamento internazionale" è del tutto compromessa dal fatto della mutabilità notevole dell'estensione territoriale: con troppa facilità si è ammessi o ci si dimette dalla Lega delle Nazioni. Wilson si fa paladino della sovranità degli Stati, dell'uguaglianza e della parità di ciascun membro anche in termini di peso del voto di ciascuno di essi nelle decisioni prese a maggioranza. Altro nodo che lascia perplessi è la pregiudiziale negativa britannica, secondo cui una nazione non si può vincolare ad un obbligo derivante da una decisione presa se contraria alla propria volontà. All'interrogativo di Orlando, come egli stesso riporta, sul modo di superare l'insuperabile pregiudiziale negativa, Wilson risponde con "una commovente fiducia: l'opinione pubblica del mondo" (ORLANDO, 2014, p. 22). A Wilson<sup>2</sup> va riconosciuta l'ammirevole idea di voler sempre garantire l'indipendenza politica e territoriale di tutti gli Stati anche quelli più piccoli.

La Società delle Nazioni viene estinta nel 1946 dopo il fallimento manifestatosi con la seconda guerra mondiale. Nonostante la Società delle Nazioni sia considerata un fallimento, lascia un'importante eredità per gli enti internazionali che saranno istituiti nell'avvenire con l'intento di portare la pace nel mondo: il carattere dell'universalità e la rappresentanza di tutti gli Stati grandi o piccoli che siano.

## 4 LA CARTA DELLE NAZIONI UNITE

Nella Conferenza di San Francisco (25-26 giugno 1945) è adottata la Carta delle Nazioni Unite. Questo trattato istituisce l'Organizzazione delle Nazioni Unite. Gli intenti delle Nazioni Unite che si leggono già nel preambolo della Carta (o Statuto), sono quelli di “salvare le future generazioni dal flagello della guerra” (CARTA..., 1945, *online*), di riaffermare i diritti fondamentali, di creare le condizioni per il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale e di promuovere il progresso sociale.

Al fine della pace, sono dedicate numerose disposizioni del Trattato istitutivo delle Nazioni Unite.

Nell'articolo 1° si fa preciso riferimento tra i fini alla pace e alla sicurezza internazionale come ad un qualcosa da preservare. Si fa spesso riferimento, non solo nell'articolo 1°, allo sviluppo egualitario di relazioni amichevoli tra gli Stati. (CARTA..., 1945).

Gli Stati Membri devono ottemperare agli obblighi del trattato, in particolare devono ricercare soluzioni pacifiche per dirimere le controversie internazionali ed evitare di mettere in pericolo la pace. Per risolvere le controversie tra gli Stati può essere adita la Corte Internazionale di Giustizia, come precisato nell'articolo 38 del proprio Statuto, la quale decide, oltre che conformemente alle convenzioni internazionali riconosciute dai Paesi in lite, alla consuetudine internazionale ed ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, in base al diritto internazionale *ex aequo et bono* nei casi in cui le parti siano d'accordo. La Corte Internazionale di Giustizia è l'organo giurisdizionale delle Nazioni Unite (articolo 92 della Carta delle Nazioni Unite), essa ha inoltre il potere di emettere pareri su richiesta dell'Assemblea Generale, del Consiglio di Sicurezza e di altri enti autorizzati a richiederli dall'assemblea (articolo 96 della Carta delle Nazioni Unite). Si tratta di pareri facoltativi e non vincolanti, ma sicuramente sono pur sempre pareri autorevoli (CARTA..., 1945).

Vi è il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, codificato all'articolo 2° della Carta delle Nazioni Unite. L'unica eccezione all'uso della forza si trova nell'articolo 51 della Carta e si riferisce al diritto naturale di autodifesa individuale o collettiva quando uno Stato subisca un attacco armato. Entrambe queste disposizioni sono, inoltre, considerate norme internazionali di *ius cogens* e quindi hanno carattere imperativo e generale (CARTA..., 1945).

## 5 IL PROBLEMA DELLA SOVRANITÀ NAZIONALE

Il problema della sovranità degli Stati irrompe sicuro quando si parla di trattati internazionali, a volte in maniera lieve, a volte in maniera più energica.

La questione concerne il quanto uno Stato è disposto a cedere o a rinunciare alla propria sovranità e la misura con la quale esso si vincoli.

Nella Lega delle Nazioni del 1919 si è cercato di preservare quanto più possibile la sovranità delle nazioni e questo non ha favorito di certo il concretizzarsi dei migliori intenti,

provocando una situazione di incertezza, potendo ogni Stato uscirvi con facilità. In particolare, come scrive Orlando (2014, p. 19):

Si potrebbe definire la Lega delle Nazioni come un colossale esperimento di laboratorio, che sarebbe stato diretto alla creazione di un vero e proprio ordinamento giuridico internazionale, che doveva assicurare o, quanto meno, dare delle garanzie contro l'arbitrario imperialistico interesse di guerre: e ciò [...] senza compromettere il principio della sovranità ed eguaglianza degli Stati.

Anche nella carta delle Nazioni Unite si pone il problema della sovranità dei singoli Stati. Le Nazioni Unite in linea di massima garantiscono la sovranità degli Stati membri (nel senso della non ingerenza nelle questioni interne degli Stati). In certi casi il divieto di ingerenza diventa più flessibile o meglio si distende per l'inserimento di garanzie giurisdizionali contro le violazioni della pace e dei diritti umani, come avviene ad esempio nel ruolo complementare alle Corti penali nazionali della Corte Penale Internazionale. In particolare, poi, la Carta delle Nazioni Unite intacca la sovranità nazionale degli Stati con due principi fondamentali quali la preservazione della pace e della sicurezza internazionale e la tutela dei diritti umani (PASTORE, 2001, p. 167).

L'interrogativo su quanto uno Stato possa rinunciare alla propria sovranità per dei "fini superiori" è sempre stato argomento di discussioni sopraffini tra i giuristi ed i filosofi.

Si pensi all'idea di Immanuel Kant, come ricorda anche Bobbio (2003, p. 565). Kant molto probabilmente è influenzato dalla lettura dei testi di Thomas Hobbes. In particolare, egli ritiene che, per aversi una pace perpetua, gli Stati da uno stato di natura devono ascendere verso una confederazione permanente di Stati attraverso la stipula di un patto. Ma Kant rifiuta l'idea di uno Stato di Stati, per non scivolare nel dispotismo. Non mancano teorie più varie, da quelle che vedono come soluzione per la pacificazione perpetua l'istituzione di uno Stato mondiale (federazione di Stati sul modello degli Stati Uniti d'America) a quelle che sostengono, invece, l'idea di un controllo maggiore del popolo sul governo dello Stato. Infine, non mancano teorie, spesso anche religiose, che vedono come soluzione una vera e propria educazione degli individui alla pace.

## 6 LE MAGGIORANZE

Il problema delle maggioranze si pone riguardo alle decisioni degli organismi sovranazionali quando devono essere prese delle decisioni che incidono sugli Stati. La questione, cioè, è se debba prevalere la maggioranza dei componenti, se sia necessaria l'unanimità e se ci siano dei componenti che possono avere il diritto di veto sulle decisioni.

Vittorio Emanuele Orlando (2014, p. 23) osserva che la decisione in un'assemblea che delibera con la maggioranza dei voti dei suoi membri risponde ad una notevole esigenza pratica: "si può e si deve considerare come un principio accolto per un criterio di necessità, senza del quale quella pluralità non potrebbe, spesso, pervenire ad una conclusione." Questo sistema si espone a delle perplessità. Si aprono due strade:

considerare che vi sia un consenso iniziale presentato da ciascuno Stato con l'adesione all'organismo internazionale ad assoggettarsi ad ogni decisione presa a maggioranza dei membri, oppure la possibilità di non applicazione allo Stato dissenziente della determinazione votata in assemblea.

Vittorio Emanuele Orlando riferisce che i Romani, attenti alle questioni pratiche, avessero escogitato una singolare soluzione:

I Romani, infatti, nei casi in cui ammisero il principio maggioritario, istituirono una specie di presunzione *iuris et de iure*, per cui la deliberazione della maggioranza si intendeva che fosse stata voluta di tutti i votanti, anche da quelli rimasti in minoranza. Ed essi, in un campo di gran lunga più importante e più vasto, applicarono il principio per cui una pluralità di volontà richiesta per una decisione debba essere unanime, indipendentemente quindi e al di sopra del principio di maggioritario: e ciò proprio a proposito della organizzazione del massimo dei loro uffici quali fu il Consolato (ORLANDO, 2014, p. 24).

Infatti, non mancano concezioni dove l'uomo non si ritenga obbligato neppure una maggioranza ha assunto una determinata deliberazione in un'assemblea. Scrive a tal riguardo Orlando (2014, p. 24):

Contro il principio che la maggioranza obbliga la minoranza, l'uomo, in quanto libero, tende a non ritenersi impegnato senza il concorso della sua personale volontà: il che vale quanto dire che se si tratta di una deliberazione affidata ad una pluralità di persone, la condizione per una generale validità e obbligatorietà di essa consisterebbe sempre nella unanimità dei voleri.

Le Nazioni Unite, come si evince dalla Carta e dallo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, prediligono il principio di maggioranza<sup>3</sup> formalmente, anche se non manca un tentativo sempre crescente di prendere decisioni maggiormente condivise. Non mancano aspetti di critiche teoriche al fatto che il voto di un piccolo Stato valga allo stesso modo di quello dei grandi Stati, ma le Nazioni Unite tendono alla rappresentazione egualitaria di ciascun proprio Stato membro.

## 7 LE SANZIONI E LE MISURE

Un problema di notevole rilevanza è quello delle sanzioni per la violazione dei patti di non belligeranza in genere, o delle disposizioni contenute nei trattati di enti internazionali a tal riguardo. In pratica la questione ruota sulla considerazione della forza coercitiva tesa all'effettivo rispetto degli accordi e dei trattati internazionali.

Neppure vero il discorso circa la giuridicità delle norme che non possiedono strumenti coercitivi che utilizzano la forza per il proprio rispetto, alcuni giuristi ritengono che le norme hanno come condizione necessaria di giuridicità (cioè una norma viene qualificata come giuridica) la coazione intesa nel senso dell'uso della forza per la propria ottemperanza. Si può ipotizzare la soluzione o il cambio di prospettiva nel problema perché come scrive Orlando (2014, p. 6):

Gli stessi sostenitori della dottrina la quale ammette che si possa dare una norma giuridica anche se non accompagnata dalla condizione di coercibilità per mezzo della forza, riconoscono, tuttavia, che norme sprovviste di tale condizione siano da considerarsi come imperfette. Ed è questa la ragione sostanziale per cui si può affermare che questo carattere di imperfezione è universalmente riconosciuto dagli stessi autori di diritto internazionale: si disputa solo sul grado di tale imperfezione.

La dottrina e la giurisprudenza internazionale ritengono che il divieto della forza nelle relazioni internazionali, salvo il caso della legittima difesa, sia da classificare tra le disposizioni di *ius cogens*. Da questo consegue che, in base all'articolo 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati,<sup>4</sup> non possa concludersi un trattato in contrasto o per derogare questo divieto, avendo esso il carattere di norma imperativa del diritto internazionale generale, riconosciuta ed accettata dalla comunità internazionale degli Stati, cioè di norma non derogabile e non modificabile se non con una fonte di pari grado.

Il problema si pone forte quando i trattati non vengono rispettati<sup>5</sup> circa le sanzioni che possono essere corrisposte ed applicate.

Va considerato preliminarmente che non vi è una autorità sovraordinata o gerarchicamente superiore agli Stati ed agli enti internazionali che ha il potere di attuare coattivamente il diritto. La legittimazione all'applicazione delle sanzioni è del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e gli Stati lesi nei propri diritti da violazioni possono adottare contromisure. Le sanzioni e le contromisure sono per lo più di natura economica. Tuttavia, il Consiglio di Sicurezza può porre in essere misure militari collettive quando uno o più Stati membri violano la pace o aggrediscono altri Stati. In particolare, l'uso della forza è considerato come *extrema ratio*. Le sanzioni sono una risposta, si propongono di essere un deterrente al prosieguo delle azioni "vietate", sono cioè finalizzate a far cessare la condotta illecita, non hanno carattere né afflittivo, né punitivo, per questo motivo alcuni dubitano del carattere di sanzione di queste misure. Spesso, infatti, si parla di difesa legittima o di misure attuate per la sicurezza collettiva.

Riguardo a questa natura un po' particolare dell'uso legittimo della forza, Orlando sottolinea che riguardo al problema della guerra

Se considerato nella sua forma di uso della forza, sia pure come una *extrema ratio*, per sorreggere e garantire uno scopo conforme al diritto, dà luogo ad una risposta puramente negativa e cioè che il diritto internazionale non dispone di una forza coattiva capace di evitare le guerre anche se formalmente dirette ad attuare sanzioni repressive di atti di guerra o conducenti ad una guerra. Che se poi l'urto bellico si verificasse, l'esito di esso non avrebbe l'immediato significato di una vittoria della difesa giuridica ma attesterebbe soltanto la prevalenza della forza di uno dei due contendenti (ORLANDO, 2014, p. 5-6).

## 8 IPOTERI COERCITIVI E L'USO DELLA FORZA DELL'ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE

Le Nazioni Unite devono dare una pronta risposta nel caso sia violato l'obbligo degli Stati di astenersi nel contesto delle relazioni internazionali dalla minaccia e dall'uso della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, o incompatibilmente con i propri fini.

La Carta delle Nazioni Unite prevede sia strumenti di soluzione pacifica (per lo più strumenti conciliativi per la soluzione delle controversie internazionali), sia strumenti più incisivi come l'adozione di strumenti coercitivi.

Per prima cosa va precisato che, in base all'articolo 39 della Carta delle Nazioni Unite, il Consiglio di Sicurezza deve accertare se vi sia una minaccia o una violazione della pace, o un atto di aggressione. A questo punto il Consiglio può fare raccomandazioni agli Stati (funzione essenzialmente conciliativa) o decidere altre misure più idonee al mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale (CARTA..., 1945).

Vi è la possibilità, espressa nell'articolo 40 della Carta, delle misure provvisorie, utilizzate per prevenire l'aggravarsi di determinate situazioni, ad esempio vanno ricordate tra queste le risoluzioni per il cessate il fuoco, la richiesta del ritiro delle truppe.

È necessario distinguere tra le misure che non implicano l'uso della forza (articolo 41) e le misure che implicano l'uso della forza (articolo 42) (CARTA..., 1945).

Le misure che non implicano l'uso della forza sono decise dal Consiglio di Sicurezza. Queste misure consistono, essenzialmente, nelle interruzioni totali o parziali delle relazioni economiche e delle comunicazioni ferroviarie, marittime, aeree, postali, telegrafiche, radio e la rottura delle relazioni diplomatiche. Ai sensi dell'articolo 50 della Carta, nei casi in cui sorgano particolari difficoltà economiche dall'applicazione di tali misure per altri Stati anche se non membri, questi possono consultare il Consiglio di Sicurezza per trovare una soluzione appropriata. Solitamente nella prassi si concretano queste soluzioni in forme di assistenza o deroghe. Sono anche possibili piccole deroghe per garantire generi alimentari e medicinali alle popolazioni dello Stato sanzionato.

All'articolo 42 della Carta sono previste le misure che contemplano l'uso della forza. Esse consistono in ogni azione che sia necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale e possono essere attuate con forze aeree, navali o terrestri. Per queste azioni la Carta prevede una disciplina particolare negli articoli dal 43 al 49. In particolare, gli Stati forniscono mezzi e facilitazioni (spazio aereo, diritto di passaggio) con appositi accordi speciali conclusi tra il Consiglio di Sicurezza e i singoli Stati membri. Vi è il Comitato di Stato Maggiore (composto dai capi di Stato Maggiore degli Stati Membri permanenti del Consiglio di Sicurezza, o dai loro rappresentanti) che si occupa del coordinamento dell'uso della forza e dei piani strategici. Il Comitato di Stato Maggiore dipende ed è responsabile nei confronti del Consiglio di Sicurezza.

Le misure che prevedono l'uso della forza possono essere esperite quando vengano ritenute inadatte quelle misure "pacifiche" anche se non sono state applicate precedentemente.

## 9 LE OPERAZIONI DI PEACE-KEEPING

Con il termine *peace-keeping* si intendono quelle operazioni non contemplate nell'articolo 42 della Carta delle Nazioni Unite, ma nate nella prassi delle Nazioni Unite. Esse assumono carattere imparziale e hanno funzioni umanitarie, come l'invio e la distribuzione di aiuti ai civili ed i compiti di prevenzione per scongiurare l'insorgere dei conflitti. Queste operazioni non hanno affatto carattere coercitivo e si ricorre all'uso della forza solo ed esclusivamente per legittima difesa. Gli Stati volontariamente si impegnano con appositi accordi e caso per caso a conferire alle Nazioni Unite truppe per questo scopo. Inoltre, è necessario il consenso delle parti ostili, perché si possa procedere a questa tipologia di intervento. Questo si comprende alla luce del rispetto della non ingerenza nelle questioni degli altri Paesi.

Al fine di legittimare queste operazioni giuridicamente sono sorte numerose teorie della dottrina.

Alcuni autori fanno rientrare queste operazioni nelle misure provvisorie dell'articolo 40 della Carta delle Nazioni Unite. Altri autori fanno rientrare queste operazioni tra quelle che contemplano l'uso della forza dell'articolo 42 della Carta, ma come sottolinea Santini (CAPECCHI; PARISI; SANTINI, 2002, p. 30) sarebbe una qualificazione corretta nei casi in cui vi sia anche un mandato allargato al *peace-enforcement*. Altri ancora poggiano la giustificazione di queste operazioni sulla teoria dei poteri impliciti, o sulla base del conferimento degli Stati membri al Consiglio di Sicurezza della responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale per assicurare un'azione pronta ed efficace delle Nazioni Unite (come previsto nell'articolo 24 della Carta delle Nazioni Unite) (CARTA..., 1945).

## 10 LA DEROGA AL DIVIETO DELL'USO DELLA FORZA PER LEGITTIMA DIFESA E LA GUERRA GIUSTA

La legittima difesa consiste in uno strumento di autotutela individuale o collettiva quando uno Stato membro sia sotto attacco armato. L'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite riconosce la legittima difesa come diritto naturale che lo stesso Statuto non pregiudica. Dunque, la legittima difesa è consentita finché il Consiglio di Sicurezza prenda le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Tali misure devono essere portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza, il quale può intraprendere le azioni per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale (CARTA..., 1945).

La legittima difesa non pone particolari problemi circa la sua presenza, le questioni maggiori si pongono per cosa sia da intendere come legittima difesa. Se senza dubbio la

legittima difesa opera nel caso di un attacco allo Stato che la invoca, pare più difficilmente concretarsi nei casi di legittima difesa preventiva ipotizzati da alcuni Stati<sup>6</sup> o addirittura allargati così tanto da voler ritenere legittima difesa anche l'intervento per salvaguardare i propri cittadini in pericolo di vita in altri Stati. Non v'è dubbio che la legittima difesa debba avere il carattere della necessità, dell'immediatezza e della proporzionalità e nel caso sia legittima difesa collettiva debba esserci la richiesta o il consenso dello Stato attaccato all'intervento di un altro Stato.

Sull'uso della forza legittimo o sulla guerra giusta è stato scritto un mare di inchiostro da parte di giuristi, filosofi e teorici di politica.

Particolari sono le parole di Viola (2005) per una completa riflessione sulla guerra giusta. Egli afferma che è molto importante che si riprendano ai giorni nostri i discorsi sulla guerra giusta, perché oggi si suole parlare di pace giusta e di conseguenza i mezzi per preservarla diventano "giusti". La teoria della guerra giusta può essere rifiutata dalle teorie pacifiste che condannano ogni forma di guerra anche nel caso dell'autodifesa.

Secondo il diritto naturale viene qualificato come giusto il diritto di difendersi dall'aggressore, quindi è giusta la guerra di difesa perché serve per proteggere i beni dello Stato, per il pagamento di un debito o punire i crimini di un nemico pubblico, queste concezioni rientrano nel concetto di difesa nazionale che spetta allo Stato.<sup>7</sup> Con il tempo il concetto di autodifesa è andato a comprendere i più vari contenuti, fino a giungere all'opinione attuale quasi sempre condivisa di essere legittima a determinate condizioni quali l'esistenza di un pericolo non presunto, ma certo e concreto.

Secondo la teoria di Tommaso d'Aquino<sup>8</sup> perché la guerra sia giusta non basta il requisito dell'autodifesa: egli parla del concetto di bene comune e della esigenza della sua preservazione. Gli influssi di questa teoria possono scorgersi nelle misure che contemplan l'uso della forza per mantenere il "bene comune" della pace e della sicurezza internazionale.

Altra tipologia di "guerra giusta" che va affermandosi nella prassi ai giorni nostri, fuori dalle previsioni della Carta delle Nazioni Unite, ma con forti richiami alla visione della guerra come giusta in senso agostiniano della difesa del più debole e dell'oppresso, sono le guerre in difesa dei diritti umani e quelle che si pongono l'obiettivo di rimuovere le tirannie. È da tener conto che questa tipologia di guerra "giusta" può sconfinare nell'ingerenza nelle politiche nazionali altrui, ogniqualvolta la guerra sia lo strumento con cui ci si prefigga lo scopo di imporre i propri valori in terra straniera.<sup>9</sup>

Il problema si pone in maniera più decisa circa la possibilità di intervenire in uno Stato per abusi dello stesso nei confronti dei propri cittadini, perché tali ipotesi non sono contemplate nella Carta delle Nazioni Unite. A questo riguardo, parrebbe fondarsi una causa ulteriore di guerra giusta accanto a quella prevista per l'autodifesa, cioè quella per la tutela dei diritti umani, ma queste due forme spesso rischiano addirittura di confliggere tra esse.

Nella guerra per la difesa dei diritti umani la causa dovrebbe essere giusta perché si oppone ad una generalizzata violazione della dignità umana. Il carattere di giusta

deriverebbe, poi, dall'essere decretata da una legittimata autorità internazionale con modalità proporzionate al male da abolire. In linea teorica, si aprono numerosi interrogativi di non facile soluzione: la questione sui principi, quella sulla qualificazione della guerra, quella sui modi. Si osserva sul punto dei principi che non c'è un'unica concezione di diritti umani e il giudicare la presenza o meno di una violazione potrebbe non trovare sempre un'apprezzabile condivisione. Sembra difficile qualificare un simile intervento deliberato da un organismo internazionale come guerra.<sup>10</sup> Vi è poi la questione che riguarda la possibilità di "violare i diritti umani per difendere i diritti umani". Ogni guerra è caratterizzata dalla violazione dei diritti degli individui, la natura stessa della guerra lo implica. Va da sé che una guerra giusta diventa ingiusta se sono utilizzati mezzi ingiusti. Così, questo terzo aspetto apre un paradosso: la guerra violando i diritti è di conseguenza sempre contraria al diritto e difficilmente qualificabile come giusta.<sup>11</sup>

## 11 LA PACE GIUSTA E IL DIRITTO DEI POPOLI ALLA PACE

La pace è il principale fine della comunità internazionale. Il valore della pace è in continua evoluzione. Inizialmente veniva inteso sotto una concezione negativa: l'assenza della guerra. Nella visione di Bobbio (1998, p. 165) (VIOLA, 2005, 46-47), oltre alla concezione "negativa" di pace è presente anche una "positiva" propria del diritto internazionale: la regolamentazione che mette un punto sulla guerra tra Stati con accordi e trattati di pace. Questo è un discorso tecnico giuridico e non si può attribuire il carattere di giustizia o ingiustizia alla pace. Secondo Viola (2005, p. 47), più di cosa sia la pace si discute oggi di cosa dovrebbe essere ricondotto al contenuto del termine pace. Il concetto di pace, se si considerano i beni che vi si possono ricomprendere, sarebbe vasto e indeterminato, pertanto per comprendere il concetto giuridico di pace bisogna far riferimento a quello indicato nei testi giuridici e nelle interpretazioni che ne vengono date. In questo modo, seguendo questo suggerimento di metodo, bisogna ora osservare l'idea di pace contenuta nella Carta delle Nazioni Unite e le sue interpretazioni. Nella Carta si deve volgere lo sguardo al concetto espresso di "mantenimento della pace e della sicurezza" ed alle interpretazioni che ne sono state date.

La prima linea interpretativa si riferisce alla fine della seconda guerra mondiale, al mantenimento della pace intesa come cessazione delle ostilità e del conflitto e al porre in essere l'eliminazione delle cause che hanno portato alla guerra.<sup>12</sup> Allo scopo di mantenere questa situazione di non guerra si privilegia la soluzione pacifica alle controversie internazionali e si ripudia la guerra, si punta, anche, sul principio di autodeterminazione dei popoli per eliminare gli ultimi fenomeni di colonialismo, ritenuti una delle cause del secondo conflitto mondiale.

La concezione della conservazione dello stato di non belligeranza è rimasta durante tutta la guerra fredda e la Carta delle Nazioni Unite in quegli anni ha garantito l'equilibrio internazionale. Inoltre, si trattava di un gioco di equilibri, in cui le dimostrazioni della

forza potenziale erano sufficienti ad evitare un possibile scontro. Attualmente bisogna osservare che vi sono nuovi parametri di valori per i quali non ci si può limitare al semplice mantenimento della pace e della sicurezza. Inoltre, il valore della pace sta prendendo le distanze contenutistiche da quello della semplice sicurezza. Valori nuovi e nuove riletture degli stessi portano il concetto di pace ad avvicinarsi sempre più a quello di giustizia. Le Nazioni Unite non intendono solo garantire la gestione non violenta dei contrasti internazionali da parte degli Stati. Il concetto di pace professato si arricchisce di contenuti alla luce delle nuove esigenze che si affacciano su scala globale. È una pace che esige per prima cosa il rispetto, la tutela e la protezione dei diritti umani. Questa è un'interpretazione che sorge dalla lettura orientata al principio di giustizia (articolo 1 della Carta delle Nazioni Unite) e dal rispetto dei diritti umani (articolo 55 della Carta delle Nazioni Unite). La pace che attualmente viene predicata, ricercata e sperata non è più una semplice assenza di guerra, ma la pace giusta. Si ritiene, infatti, che se non è giusta, la pace non è reale, ma solo un qualcosa di apparente. Si tratta, dunque, di una pace qualificata come giusta, che tiene in considerazione l'esigenza del rispetto dei diritti umani.<sup>13</sup>

A questa nuova concezione che collega la pace ai diritti umani vi è da aggiungere che la stessa pace viene sempre più affermata come diritto. In particolare, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione 39/11 del 12 novembre 1984 ha approvato la Dichiarazione sul diritto dei popoli alla pace. Le Nazioni Unite hanno dato un forte segnale, anche se non è stato colto da tutti gli Stati.

La forza con cui viene affermato il diritto alla pace in questa dichiarazione è notevole: si parla della pace come "sacro diritto" dei popoli della Terra. La dichiarazione prevede che gli Stati hanno l'obbligo fondamentale di salvaguardare e promuovere la pace. Essi devono attuare strumenti per la composizione pacifica delle controversie internazionali, indirizzare le proprie politiche per evitare le guerre ed in particolare le guerre nucleari e più in generale per rinunciare all'uso della forza. Poi la dichiarazione invita gli Stati e le organizzazioni internazionali ad adottare misure nazionali e internazionali per realizzare il diritto dei popoli alla pace.

In questa dichiarazione le Nazioni Unite ribadiscono i principi e i fini della salvaguardia e promozione della pace più volte ribaditi nel proprio Statuto. Si fanno portavoce del desiderio dei popoli di estirpare la guerra e evitare catastrofi nucleari affinché la pace duratura proprio in quest'epoca possa contribuire al miglioramento ed alla conservazione della vita e della civiltà sul nostro pianeta.

## 12 LA CULTURA DELLA PACE

Molte sono le teorie che ritengono che si debba educare alla pace, che si debba scoprire o riscoprire la cultura della pace.

Non mancano tra queste le teorie religiose che sostengono il valore della pace, come ad esempio il cristianesimo che ha influenzato nei secoli i discorsi sulla pace e sulla guerra.

Vanno sottolineati i discorsi sulla pace di vari capi religiosi, dal Papa al Dalai Lama, alle riunioni, ai concili interreligiosi per promuovere la cooperazione e tendere verso la direzione della pace globale. Queste teorie non sono solo proprie della religione, ma hanno una diffusione più ampia. Si pensi alle teorie pacifiche di alcuni leader politici come Mahatma Gandhi. Si pensi alle rivendicazioni dei popoli indigeni in America Latina, dove vengono riscoperti i valori di vivere in pace e armonia con tutti gli esseri viventi e con la natura. Si pensi, inoltre, alle varie iniziative che vengono proposte nelle scuole per educare alla pace. Le Nazioni Unite non potevano non considerare che l'educazione alla cultura della pace è uno strumento capace di rafforzare la concezione collettiva di rifiuto della guerra e di una vita armoniosa e pacifica degli individui e dei popoli.

Le Nazioni Unite, richiamando i principi della Carta, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione di Londra 16 novembre 1945 per la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO) che afferma "le guerre nascono nello spirito degli uomini, è nello spirito degli uomini che devono essere elevate le difese della pace", ricordando la propria Risoluzione 52/15 del 20 novembre 1997 che proclama l'anno 2000 "Anno internazionale della cultura della pace" e la propria Risoluzione 53/25 del 10 novembre 1998 che proclama il periodo 2001-2010 come il "Decennio internazionale della promozione di una cultura della nonviolenza e della pace a beneficio dei bambini del mondo", puntano sulla cultura e sull'educazione alla pace e proclamano la Dichiarazione su una cultura della pace con la Risoluzione 53/243 del 6 ottobre 1999.

Questa dichiarazione si rivolge ai governi, alle organizzazioni internazionali e alla società civile e li invita ad ispirarsi a quanto contiene per promuovere la cultura della pace.

All'articolo 1° della dichiarazione le Nazioni Unite spiegano cosa intendono per "cultura della pace". Essa è l'insieme di valori, di attitudini, di tradizioni, di comportamenti e di stili di vita. Questi devono tendere al rispetto della vita, della sovranità, dell'integrità territoriale e dell'indipendenza degli Stati e alla non ingerenza. Inoltre, è importante rispettare i diritti umani e le libertà fondamentali. Si deve promuovere la soluzione pacifica dei conflitti, il diritto allo sviluppo, la parità di diritti tra uomo e donna, il rispetto della libertà di espressione, d'opinione e d'informazione. È necessario conformarsi ai principi di libertà, giustizia, democrazia, tolleranza, solidarietà, rispettare il pluralismo della diversità culturale, incoraggiare lo sviluppo nazionale e internazionale che favorisce la pace. Secondo la Dichiarazione bisogna trasformare i valori, favorire i modelli di vita e seguendo questi principi favorire la pace tra gli individui e le nazioni.

Di conseguenza questi principi portano con sé dei corollari, cioè le Nazioni Unite ritengono che per la cultura della pace siano necessari anche il rispetto della soluzione pacifica dei conflitti, il rispetto delle obbligazioni derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite e più in generale del diritto internazionale. Si rende necessario promuovere la democrazia e la partecipazione, lo sviluppo universale e i diritti umani.

Si deve, pertanto, favorire il dialogo e la mediazione, estirpare la povertà, l'analfabetismo

ed ogni forma di discriminazione, razzismo o xenofobia. Occorre promuovere e rispettare i diritti dell'infanzia, il diritto all'informazione, la tolleranza e la solidarietà verso tutte le culture, etnie e religioni. È data notevole importanza anche al favorire il diritto di autodeterminazione dei popoli.

La cultura della pace deve essere promossa e rinforzata dai governi, dalla società civile, dai media e da tutti coloro che giocano un ruolo importante nell'educazione (insegnanti, gruppi religiosi, chi svolge attività scientifica, artistica). Ciascuno nel proprio campo deve promuovere la cultura della pace.

Una disposizione importante in chiusura si trova nell'articolo 9 e prevede che l'Organizzazione delle Nazioni Unite continui ad esercitare un ruolo decisivo per la promozione e il consolidamento della cultura della pace nel mondo.

A questa dichiarazione è allegato il programma d'azione per la cultura della pace, che prevede i fini, le strategie ed i principali attori, nonché le misure per rinforzare le attività degli attori nazionali, regionali e internazionali.

### 13 CONCLUSIONI

Nel presente articolo si è analizzata la questione se il diritto internazionale possa scongiurare le guerre. Dopo gli orrori dei due conflitti mondiali, gli Stati hanno cercato di evitare il ripetersi di tante atrocità. Il problema da subito rilevato è la mancanza di un'autorità sovraordinata agli Stati che possa irrogare sanzioni per l'inosservanza dei trattati internazionali. Le Nazioni Unite si sono adoperate sin dalla loro fondazione per la difesa dei diritti umani e si sono poste l'obiettivo di mantenere la pace nel mondo. Le misure e le sanzioni adottate su decisione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, da quelle di natura economica all'uso legittimo della forza verso chi minaccia la pace, spesso si pongono come strumento per far cessare determinate condotte, ma per prevenire le guerre o stroncarle sul nascere gli strumenti sembrano poco efficaci nella prassi. È difficile parlare di pace singolarmente, essendo la pace collegata o conseguente ad una guerra precedente. Ma si è visto come negli ultimi tempi il concetto di pace come "non guerra" stia lasciando il posto alla "pace giusta" ed al diritto dei popoli alla pace.

Non bisogna sottovalutare il grande contributo delle Nazioni Unite nel cercare di dirimere le controversie tra gli Stati in maniera pacifica. L'uso legittimo della forza è sempre da intendersi come *extrema ratio*. Notevole è, inoltre, l'evoluzione del diritto internazionale soprattutto negli ultimi settant'anni. L'idea delle prime teorizzazioni in materia dove si pensava che uno Stato si sentisse vincolato ai trattati internazionali per il fatto di essersi impegnato è stata smentita con il tempo e in particolare con la seconda guerra mondiale, dove lo stato di neutralità di alcune nazioni non è stato rispettato, dove spesso è stato disatteso lo *ius ad bellum*, consolidatosi nei secoli, e la volontà di alcuni governanti è andata contro la parola data negli accordi con altri Stati. Molti hanno ritenuto che per ovviare al mancato rispetto dei trattati internazionali sarebbe opportuno avere una forte autorità centrale che possa irrogare sanzioni per la violazione degli stessi, nella misura in cui nei singoli Stati vengono

corrisposte le sanzioni per violazioni del diritto interno.<sup>14</sup> Il fatto della mancanza di questo tipo di sanzioni ha fatto addirittura ritenere ad alcuni che non ci si trovi dinnanzi a norme giuridiche, ma è stato giustificato da altri con l'assunto che siano norme vincolanti tra gli Stati che aderiscono ad una determinata convenzione o che ratificano uno specifico trattato. Alcuni hanno ipotizzato che la soluzione sia l'opposto, cioè far partecipare in maniera maggiore il popolo alle decisioni dello Stato. Altri ancora ritengono che si debba provvedere all'educazione alla pace degli individui. In particolare nella Dichiarazione su una cultura della pace delle Nazioni Unite riveste un ruolo importante l'educazione alla pace ad ogni livello, dalla scuola ai gruppi religiosi, dallo Stato alle organizzazioni internazionali, dall'arte ai mass media. Si fa riferimento alla pace che può essere raggiunta educando alla tolleranza, al rispetto delle culture diverse, alla solidarietà e allo sviluppo universale, al rispetto dei diritti umani. Oltre a ciò, le Nazioni Unite nella Dichiarazione su una cultura della pace rimarcano l'esigenza di promuovere il rispetto dei trattati internazionali e del diritto internazionale.

In questo caso non esistono soluzioni giuste o sbagliate a priori, soltanto dalla pratica si vedrà quale sarà la migliore soluzione, anche operare su multilivelli, adottando diverse ipotesi di soluzioni potrebbe essere efficace, con l'auspicio che l'umanità ripudierà sempre più le guerre e cercherà soluzioni pacifiche alle controversie internazionali.

## CAN INTERNATIONAL LAW PREVENT WARS?

### ABSTRACT

In this paper, the author analyses the question whether International Law can prevent wars. International Law has always sought to resolve disputes between States peacefully. The push towards this purpose is felt mainly after the great war conflicts. The League of Nations was born according to this peacekeeping intent. Even if it is considered as a failure, the author believes that it laid the foundations for subsequent progress. Important steps are taken by the United Nations, which seeks to safeguard peace through the use of measures with or without the use of force. The author examines both of them and concludes that also this approach seems not to be entirely effective. He examines the concept of just peace and the right of peoples to peace. Finally, the focus is on the most recent trend towards the promotion of education to the culture of peace.

**Keywords:** Peace. International Law. Right of peoples to peace. Culture of peace.

## ¿EL DERECHO INTERNACIONAL PUEDE IMPEDIR LAS GUERRAS?

### RESUMEN

En este artículo, el autor comienza su análisis a partir de la pregunta de si el derecho

internacional podría impedir las guerras. El derecho internacional siempre ha tratado de resolver las disputas entre los Estados pacíficamente. El impulso hacia este propósito se siente en mayor medida después de los grandes conflictos bélicos. La Sociedad de Naciones ve su nacimiento de acuerdo con este intento de pacificación. Incluso si se define como un fracaso rotundo, el autor cree que ella ha puesto las bases para futuros progresos. Las Naciones Unidas toman herramientas importantes, que buscan salvaguardar la paz mediante el uso de medidas que incluyen el uso de la fuerza y medidas que no contemplan el uso de la fuerza. En particular, el autor examina ambos tipos de instrumentos y concluye que este enfoque no parece ser completamente efectivo. Él examina el concepto de paz justa y el derecho de los pueblos a la paz. En conclusión, la atención se centra en la tendencia más reciente a la promoción de la educación a la cultura de la paz.

**Palabras clave:** Paz. Derecho Internacional. Derecho de los pueblos a la paz. Cultura de la paz.

- 
- 1 Orlando (2014, p. 11) a questo proposito ricorda quanto fosse importante per i regnanti il senso dell'onore quando si impegnavano al rispetto di un accordo: "un grande Re, proprio nel secolo XVII, Guglielmo d'Orange, portava fieramente nel suo stemma il motto: "*Je maintiendrai*". Il che, sia detto di passaggio, se poteva essere un motivo di orgoglio per lui, non era troppo cortese verso i suoi colleghi".
  - 2 Non può essere dimenticato che a Thomas Woodrow Wilson nel 1919, in quanto promotore della Lega delle Nazioni, viene attribuito il premio Nobel per la pace.
  - 3 Ad esempio nell'Assemblea Generale le decisioni sulla sicurezza e la pace internazionale, l'ammissione di nuovi membri e il bilancio delle Nazioni Unite vengono adottate con la maggioranza dei due terzi dei presenti votanti, le altre a maggioranza semplice.
  - 4 L'articolo 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati afferma: "è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere." (VIENNA, 1969, in linea).
  - 5 Bobbio (2003, p. 551) rimarca le parole abbastanza forti dell'osservazione di Niccolò Machiavelli dove quest'ultimo osserva che i principi che non hanno rispettato la parola data hanno fatto grandi cose. Infatti, scrive Machiavelli (1913, p. 102; 2009, p. 56): "non di manco si vede, per esperienza ne' nostri tempi quelli principi avere fatto gran cose che della fede hanno tenuto poco conto, e che hanno saputo con l'astuzia aggirare e' cervelli delli uomini; et alla fine hanno superato quelli che si sono fondati in sulla lealtà."
  - 6 Tra le teorie che ritengono giusto l'attacco preventivo c'è quella di Hobbes (2000), mentre Hugo Grotius, Christian Wolff e Emmeric de Vattel lo reputano generalmente illegittimo o sotto parametri molto ristretti (VIOLA, 2005, p. 58).
  - 7 Tra queste teorie vanno ricordate quelle di Hugo Grotius e Francisco de Vitoria e il principio del "*vim vi repellere licet*" (VIOLA, 2005, p. 57-58).
  - 8 Viola (2005, p. 59-60) ritiene che le guerre secondo Tommaso d'Aquino devono rispondere alla richiesta di giustizia ed hanno carattere di sanzione, ovviamente in risposta a gravi ingiustizie.
  - 9 Il rischio dello sconfinamento nella ingerenza nelle politiche nazionali altrui in Paesi che non presentano gli stessi valori culturali è un tema attuale e rilevato da diversi autori, tra cui Viola (2005, p. 61).
  - 10 Potrebbe essere, secondo Viola (2005, p. 56), più propriamente un'operazione di polizia internazionale.
  - 11 Su tale punto, quando si parla di "guerra giusta", ci si trova dinnanzi a quello che Viola (2005, p. 56) definisce un "ossimoro".

- 12 Viola (2005, p. 49) ritiene che in questa visione il concetto di pace e quello di sicurezza siano sovrapponibili.
- 13 A parere di Viola (2005, p. 52-53) si è rinunciato al concetto tecnico-giuridico negativo di pace per quello più in auge nella comunità internazionale della “pace giusta”.
- 14 Queste teorie rievocano alla mente l’idea, di vecchia memoria europea, della *pax romana*, cioè quella situazione di “pace” nei territori variegati racchiusi all’interno dell’impero romano.

## BIBLIOGRAFIA

- ARCHIBUGI, Daniele. L’utopia della pace perpetua. **Democrazia e diritto**, v. 32, n. 1, p. 349-378, 1992.
- BOBBIO, Norberto. La idea de la paz y el pacifismo. In: BOBBIO, N. (Org.). **El problema de la guerra y las vías de la paz**. Tradução Jorge Binaghi. Barcelona: Ediciones Altaya. S. A., 1998. p. 157-186.
- \_\_\_\_\_. **Teoria generale della politica**. A cura di Michelangelo Bovero. Torino: Einaudi, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoría general de la política**. Edición de Michelangelo Bovero. Tradução Antonio de Cabo de la Vega e Gerardo Pisarello Prados. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 2003.
- BOTTARO, Giuseppe. The world must be made safe for democracy. Woodrow Wilson e la Prima guerra mondiale. **Politics. Rivista di Studi Politici**, n. 2, p. 1-19, 2014. Disponível em: <[www.rivistapolitics.files.wordpress.com/2015/03/politics\\_2014\\_02\\_01\\_19\\_bottaro.pdf](http://www.rivistapolitics.files.wordpress.com/2015/03/politics_2014_02_01_19_bottaro.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2016.
- CAPECCHI, Gabriele; PARISI, Nicoletta; SANTINI, Andrea. L’organizzazione delle Nazioni Unite. **LIUC Papers**, n. 102, p. 1-44, 2002, Suppl. a marzo 2002 – Serie Impresa e Istituzioni, 18. Disponível em: <[www.biblio.liuc.it/liucpapersita.asp?codice=105](http://www.biblio.liuc.it/liucpapersita.asp?codice=105)>. Acesso em: 12 out. 2016.
- CARTA Delle Nazioni Unite. Firmata da 51 membri originari ed adottata per acclamazione a S. Francisco il 26 giugno 1945. Disponível em: <[http://files.studiperlapace.it/spp\\_zfiles/docs/onucarta.pdf](http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/onucarta.pdf)>. Acesso em: 9 out. 2016.
- CASTELLI, Alberto. Pace e guerra nel pensiero di Max Scheler. **Politics. Rivista di Studi Politici**, n. 2, p. 21-44, 2014. Disponível em: <[www.rivistapolitics.files.wordpress.com/2015/03/politics\\_2014\\_02\\_21\\_44\\_castelli.pdf](http://www.rivistapolitics.files.wordpress.com/2015/03/politics_2014_02_21_44_castelli.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2016.
- CENZI, P. Tito S.; BELLONI, P. Angelo Z. (Eds.). **Summa Theologiae**, 1265-1274. Beato Angelico: San Tommaso d’Aquino. Disponível em: <[www.aisum.it/sito/content/tommaso-daquino-opere](http://www.aisum.it/sito/content/tommaso-daquino-opere)>. Acesso em: 18 out. 2016.
- DE VATTEL, Emer [Emmeric]. **The Law of Nations** [or Principles of the Law of Nature applied to the conduct and affairs of Nations and Sovereigns]. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844 [1797].

DE VITORIA, Francisco. **Relectiones theologicae**. Lvgdvni: Expensis Petri Landry, 1586.  
 \_\_\_\_\_. **Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra**. 3. ed. Madrid: Espasa-Calpe, S. A., 1975.

FOCARELLI, Carlo. **Lezioni di diritto internazionale**. Prassi. Padova: Cedam, 2008. v. 2.

GRANJA CASTRO, Dulce María; CHARPENEL ELORDUY, Eduardo. El ideal de la paz perpetua en Rousseau y Kant. **Signos Filosóficos**, v. 26, n. 31, p. 37-62, 2014.

GROSSO, Enrico. Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio. **Rivista AIC**, n. 4, p. 1-19, 2015. Disponível em: <[www.rivistaaic.it/brevi-considerazioni-su-efficienza-del-governo-e-riforme-costituzionali-0d5.html](http://www.rivistaaic.it/brevi-considerazioni-su-efficienza-del-governo-e-riforme-costituzionali-0d5.html)>. Acesso em: 8 out. 2016.

GROTIUS, Hugo. **De jure belli ac pacis**. Libri Tres. Tradução Francis W. Kelsey. Oxford: Clarendon Press / London, Humphrey Milford, 1925 [1646]. v. 2.

HIPPONENSIS, Augustinus [Sant'Agostino d'Ippona]. **Opera Omnia**. Disponível em: <[www.augustinus.it/italiano/index.htm](http://www.augustinus.it/italiano/index.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

HOBBS, Thomas. **De Cive**. 2000. Disponível em: <[www.unilibRARY.com/ebooks/Hobbes,%20Thomas%20-%20De%20Cive.pdf](http://www.unilibRARY.com/ebooks/Hobbes,%20Thomas%20-%20De%20Cive.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Leviathan** [or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill]. London: Andrew Crooke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.

KANT, Immanuel. **Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf**. Königsberg: Friedrich Nicolovius, 1796 [1795].

\_\_\_\_\_. **Sobre la paz perpetua**. Tradução Joaquín Abellan. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1998.

KÜNTAY, Burak. Peace through Institutions: Woodrow Wilson and the Paris Peace Conference [Kurumlar Yoluyla Barış: Woodrow Wilson ve Paris Barış Konferansı]. **Gazi Akademik Bakış**, v. 8, n. 15, p. 73-89, 2014. Disponível em: <[www.gaziakademikbakis.com/index.php/gab/article/download/236/210](http://www.gaziakademikbakis.com/index.php/gab/article/download/236/210)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

LATTANZI, Flavia. **Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale**. Milano: Giuffrè, 1983.

MACHIAVELLI, Niccolò. **Il Principe**. Con commento storico filologico stilistico a cura di Giuseppe Lisio. Firenze: G. C. Sansoni, Editore, 1913.

\_\_\_\_\_. **Il Principe**. Editado por Sálvio Marcelo Soares. Meta-Libri, 1 mar. 2009 [1532], v1.1p. Disponível em: <[www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB\\_IlPrincipe\\_p.pdf](http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB_IlPrincipe_p.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ORLANDO, Vittorio Emanuele. La crisi del Diritto internazionale. Annuario dell'anno accademico 1948-1949, DCXLVI dalla fondazione. Roma: Università degli studi di

Roma, 1951, p. 16-60. **Nomos: le attualità nel diritto**, n. 1, p. 1-30, 2014. Disponível em: <[www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2014/07/Nomos12014\\_Documentazione.pdf](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2014/07/Nomos12014_Documentazione.pdf)>. Acesso em: 7 out. 2016.

PASTORE, Baldassare. Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale? **Ars interpretandi, Giustizia internazionale e interpretazione**, p. 157-193, 2001. Disponível em: <[www.arsinterpretandi.it/wp-content/uploads/2001/att\\_pastore.pdf](http://www.arsinterpretandi.it/wp-content/uploads/2001/att_pastore.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PIVA, Daniele. Le sanzioni nello Statuto della Corte Penale Internazionale. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, n. 3, p. 141-152, 2008. Disponível em: <[www.zis-online.com/dat/artikel/2008\\_3\\_221.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_221.pdf)>. Acesso em: 9 out. 2016.

RECCHIA, Stefano. Kant, la pace democratica e la governante mondiale federale. In: MAFFETTONI, Sebastiano; PELLEGRINO, Gianfranco (Org.). **Etica delle relazioni internazionali**. Cosenza: Marco Editore, 2004. p. 371-392.

SCHUKER, Stephen A. The 1919 Peace Settlement: A Subaltern View. **Reviews in American History**, v. 36, n. 4, p. 575-585, 2008.

SENESE, Salvatore. Globalizzazione e diritti umani. **Questione giustizia**, n. 4, p. 133-145, 2010.

\_\_\_\_\_. Corte costituzionale e sovranità. **Questione giustizia**, n. 1, p. 51-56, 2015. Disponível em: <[http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-1\\_10.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_10.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

TANZI, Attila. **Introduzione al diritto internazionale contemporaneo**. 4. ed. Padova: Cedam, 2013.

TRACHTENBERG, Marc. Reparation at the Paris Peace Conference. **The Journal of Modern History**, v. 51, n. 1, p. 24-55, mar. 1979.

VIENNA. **Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati**. Conclusa a Vienna il 23 maggio 1969. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilati on/19690099/201502240000/0.111.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2016.

VIOLA, Francesco. La teoria della guerra giusta e i diritti umani. In: SEMPLICI, S. (Org.). **Pace, sicurezza, diritti umani**. Padova: Messaggero, 2005. p. 39-68.

WILSON, Thomas Woodrow. **Fourteen points**: delivered in Joint Session by President Woodrow Wilson, January 8, 1918. Exodus Books. Disponível em: <[www.exodusbooks.com/Samples/VP/O3FourteenPoints.pdf](http://www.exodusbooks.com/Samples/VP/O3FourteenPoints.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

WOLFF, Christian. **Jus gentium methodo scientifica pertractatum**. v. 1. Oxford: Clarendon Press / London: Humphrey Milford, 1934 [1764].

# DIREITO DO CONSUMIDOR EM PERSPECTIVA COMPARADA: UMA ABORDAGEM JURIMÉTRICA<sup>1</sup>

*Dalson Britto Figueiredo Filho* \*

*Renato Hayashi* \*\*

*Paulo Fernando de Lima Oliveira* \*\*\*

*José Luiz Vieira* \*\*\*\*

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Desenvolvimento do direito do consumidor. 2.2 Desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil. 3 Metodologia. 4 Resultados. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

Este artigo analisa o sistema protecionista no âmbito do direito do consumidor em perspectiva comparada a partir de uma abordagem jurimétrica. Examinamos a legislação vigente e os mecanismos institucionais existentes na América Latina, focalizando nos seguintes países: Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai. O desenho de pesquisa utiliza a técnica de análise aninhada, combinando estatística descritiva com estudo de caso. Os principais resultados indicam que a maior parte dos países apresenta níveis elevados de proteção aos direitos do consumidor. Comparativamente, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta grau máximo de proteção. Este trabalho espera contribuir para aperfeiçoar a efetividade do sistema protetivo, já que a adoção de práticas eficientes depende do conhecimento da legislação comparada. Além disso, esperamos difundir a jurimetria na pesquisa empírica em Direito.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor. Direito comparado. Nível de proteção. Vulnerabilidade do consumidor. Relação de consumo.

## 1 INTRODUÇÃO

Estimar em que medida a legislação protetiva do consumidor produz os seus efeitos esperados é um dos principais desafios enfrentados não só pelos legisladores, mas também pelos

\* Doutor e Mestre em Ciência Política pela UFPE. Cientista Político. Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: <dalsobritto@yahoo.com.br>. <https://orcid.org/0000-0001-6982-2262>

\*\* Mestrando em Políticas Públicas pela UFPE. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Advogado. Professor Substituto da UFPE. Coordenador de Pós-graduação em Direito. Assessor Parlamentar na Câmara Municipal do Recife. E-mail: <prof.renatohayashi@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0003-3860-2560>

\*\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela UFPE. Advogado. Professor Universitário. E-mail: <paulofloiveira.adv@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0002-4424-8417>

\*\*\*\* Mestrando em Políticas Públicas pela UFPE. Advogado. Professor Universitário. E-mail: <jlcvieira40@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0001-9667-1842>



próprios operadores do direito. Esse argumento ganha ainda mais força ao se considerar a realidade de países em que a instituição responsável por regulamentar e/ou fiscalizar a aplicação das leis consumeristas não oferece tecnologias para a coleta e para divulgação sistemática de informações. Esse impedimento gera diversos efeitos perversos. Primeiro, a falta de informações reduz tanto as possibilidades objetivas de o cidadão se precaver contra violações de seus direitos quanto a sua capacidade de buscar em juízo a reparação de eventuais danos sofridos. Segundo, dificulta o controle social sobre o mercado de consumo ao diminuir a transparência das ações públicas, violando o princípio da publicidade.<sup>2</sup> Terceiro, a ausência de informações sobre as relações de consumo inibe a realização de estudos em perspectiva comparada, limitando a difusão de práticas institucionais eficientes. Em conjunto, esses obstáculos comprometem não só o aperfeiçoamento da legislação, mas principalmente, a efetividade da proteção.<sup>3</sup>

O principal objetivo deste artigo é analisar o direito do consumidor em perspectiva comparada, concedendo especial atenção aos casos do Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai. O foco repousa sobre o nível de proteção aos direitos do consumidor. Em termos metodológicos, a pesquisa utiliza a técnica de análise aninhada, combinando estatística descritiva com estudo de caso e análise documental da legislação. Além disso, desenvolve-se um índice de proteção aos direitos do consumidor a partir da análise comparada da legislação protetiva. Este trabalho espera contribuir para aperfeiçoar a efetividade do sistema protetivo, já que a adoção de práticas eficientes depende do conhecimento da legislação comparada. Além disso, esperamos difundir a jurimetria como estratégia metodológica na pesquisa empírica em Direito.<sup>4</sup>

Para executar o referido desenho de pesquisa, o artigo está dividido em cinco partes. A próxima seção apresenta um breve histórico sobre a proteção ao direito do consumidor, destacando o desenvolvimento desse instituto no Brasil. O objetivo é contextualizar o problema de pesquisa. A terceira parte descreve a metodologia utilizada. O intuito é deixar claro todos os procedimentos adotados, facilitando a eventual replicabilidade do presente estudo.<sup>5</sup> A quarta seção apresenta os resultados de pesquisa, analisando mais detalhadamente a legislação sobre direito do consumidor em perspectiva comparada. Por fim, a quinta parte sumariza as principais conclusões do trabalho.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Dentro da economia, o equilíbrio é o estágio desejável, a fim de que isso possa acontecer, faz-se necessário que os mercados estejam em perfeita competição. Há diversas possibilidades para que um mercado saia do seu estágio de equilíbrio, como o monopólio, a presença de bens públicos, a assimetria de informações e as externalidades. Essas falhas de mercado geram distorções no preço e reduzem eficiência econômica.

As trocas dentro de um mercado são voluntárias e mutuamente benéficas, normalmente

as partes capturam todos os benefícios e assumem todos os custos. Porém é possível que os benefícios ou os custos se espalhem para participantes não envolvidos inicialmente na troca, nesse caso, estaremos diante das *externalidades*. As externalidades serão negativas quando os custos forem absorvidos por terceiros estranhos à relação e positivas quando o extrapolamento for dos benefícios

As assimetrias e as externalidades nas relações de consumo são um ponto chave para entender o desequilíbrio em alguns mercados. Visando a enfrentar essas diferenças e tendo como pressuposto básico a hipossuficiência do consumidor, surge a legislação consumerista, que nada mais é que uma das maneiras encontradas pelo Estado para corrigir as falhas de mercado.

O Direito do Consumidor surge no Brasil como parte da espinha dorsal da Constituição Federal de 1988, demonstrando a faceta cidadã da Carta, que nascia após conturbados momentos nas instituições brasileiras. Tínhamos um lapso protetivo em relação ao consumidor que só veio a ser preenchido com os comandos normativos da nova Constituição e com a posterior edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

A preocupação com a defesa desses interesses difusos e coletivos, apesar de sua recente sistematização no Brasil, é antiga em outros lugares do mundo. Por exemplo, já no Código de Hamurabi, era possível encontrar algumas garantias cujo principal objetivo era proteger o consumidor contra eventuais vicissitudes das relações de consumo.<sup>6</sup> Dispositivos semelhantes podem ser encontrados no Código de Manu,<sup>7</sup> no direito Romano e em documentos produzidos durante a Idade Média.

No entanto, a estruturação de um conjunto de normas especificamente direcionadas à proteção do consumidor é um fenômeno recente, sendo as legislações protetivas pioneiramente adotadas nos Estados Unidos da América.<sup>8</sup> Em 1962, o então presidente John F. Kennedy proferiu um discurso no Congresso norte-americano enfatizando quatro principais direitos do consumidor, posteriormente positivados na *Bill of Rights*.<sup>9</sup> São eles: (1) direito à segurança – proteção contra produtos potencialmente perigosos à saúde e/ou à vida; (2) direito à informação – proteção contra propaganda enganosa e/ou abusiva; (3) direito à escolha – proteção contra monopólios, sendo assegurada a variedade de produtos e serviços, bem como a sua qualidade e razoabilidade de preços e (4) direito à reclamação – garantia de que as demandas dos consumidores serão devidamente consideradas não só pela legislação específica sobre o assunto, mas também pelo processo de formulação de políticas públicas.<sup>10</sup> Para Cartwright (2004, p. 1),

Laws have been used to protect consumers for centuries. These laws have drawn on a variety of legal forms, including criminal law, tort, and contract, to achieve their objectives. In addition to those laws that specify consumer protection as their primary concern, numerous other provisions have the effect of protecting the consumer, for example by streamlining the prosecution of fraud, protecting property, or facilitating litigation.

Com efeito, o desenvolvimento de uma legislação específica de proteção aos direitos do consumidor pode ser compreendido como um processo complexo que se materializou sob formas distintas em diferentes ordenamentos jurídicos. Para os propósitos deste trabalho, é importante analisar, sumariamente, alguns aspectos da legislação protetiva no Brasil.

## 2.2 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL<sup>11</sup>

Não resta dúvida de que o direito do consumidor no Brasil foi influenciado pela legislação norte-americana (BARROSO, 2007). Lexicamente, o vocábulo *consumidor* aparece em seis oportunidades na Carta Constitucional. São elas:

- “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII).  
“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 24, VIII).  
“A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” (art. 150, §5º).  
“Em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele” (art. 155, §2, VII).  
“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: defesa do consumidor” (art. 170, V).  
“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (art. 48, ADCT, CF/88) (BRASIL, 1988, *online*).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi positivado pela Lei 8.078/1990 (BRASIL, 1990a) e agrupa regras de direito constitucional,<sup>12</sup> civil,<sup>13</sup> processual civil,<sup>14</sup> administrativo e penal.<sup>15</sup> Além disso, o CDC alberga diferentes princípios que procuram minimizar a assimetria inerente à relação jurídica entre consumidores e fornecedores,<sup>16</sup> consubstanciando normas de ordem pública e de interesse social. O direito do consumidor também se encontra amparado por diferentes súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O quadro 1 sumariza essas informações.

Súmula	Enunciado
285	Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor, incide a multa moratória nele prevista.
297	O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.
302	É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.
321	O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.
323	A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos.
359	Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.
381	Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.
469	O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de plano de saúde.

Quadro 1 - Súmulas sobre direito do consumidor (STJ)<sup>17</sup>

Fonte: elaborado pelos autores.

No que diz respeito à legislação infraconstitucional, a Lei 1.521/1951 alterou os dispositivos legais que regulavam os crimes contra a economia popular (BRASIL, 1951). Além disso, a Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985) disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. No período pós Constituição, tem-se o Decreto 2.181/1997, que instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC),<sup>18</sup> estabelecendo as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Institucionalmente, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) é o organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe, entre outras atribuições:

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor; II - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado [...]; III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor por intermédio dos diferentes meios de comunicação; V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para a apuração de delito contra o consumidor, nos termos da legislação vigente; VI - representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais [...] no âmbito de suas atribuições (BRASIL, 1997, *online*).

A Lei 10.962/2004 (BRASIL, 2004) dispôs sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Por fim, a Lei 12.291/2010 (BRASIL, 2010) tornou obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Em síntese, seja no âmbito Constitucional, seja em legislação específica sobre o assunto, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma série de dispositivos que procuram assegurar os direitos do consumidor. Para os propósitos deste trabalho, é importante analisar, comparativamente, a legislação protetiva ao consumidor em diferentes países.

### 3 METODOLOGIA

Este artigo adota uma abordagem multimétodo para investigar o nível de proteção aos direitos do consumidor. Em particular, utilizamos a técnica de análise aninhada (*nested analysis*),<sup>19</sup> combinando estatística descritiva com estudo de caso<sup>20</sup> e análise documental da legislação. O objetivo é integrar as vantagens específicas de cada técnica, propiciando uma perspectiva analítica mais robusta.

No entanto, por que realizar um estudo em perspectiva comparada? O primeiro passo para responder a essa questão é definir o que se entende por método comparado. Lijphart (1971) define o método comparativo como um dos métodos básicos - sendo os demais o experimental, o estatístico (N-grande) e o estudo de caso - para estabe-

lecer proposições empíricas gerais (LIJPHART, 1971, p. 682).<sup>21</sup> Similarmente, Ragin (1987) argumenta que a comparação fornece ao pesquisador a possibilidade de fazer afirmações sobre regularidades empíricas e avaliar casos a partir de critérios teóricos e substantivos.

Quais são as vantagens de um desenho de pesquisa em perspectiva comparada? A primeira é observar como diferentes conceitos podem “viajar” para analisar outras realidades. A segunda vantagem é verificar em que medida os resultados de pesquisa observados em um determinado contexto podem ser encontrados em outros desenhos institucionais. Além disso, salvo melhor juízo, a literatura comparada sobre direito do consumidor é bastante escassa, logo, esse estudo tem o potencial de preencher uma importante lacuna analítica.

De acordo com King, Keohane e Verba (1994, p. 51), “a regra mais importante para toda coleta de dados é reportar como o dado foi criado e como nós o coletamos.” Esta é a essência da replicabilidade científica. Isso porque os padrões de replicabilidade não exigem, de fato, que alguém replique os resultados de um artigo ou de um livro. Eles somente demandam que informação suficiente seja disponibilizada para que os resultados sejam, em tese, replicáveis. Nesse sentido, é importante descrever sumariamente as variáveis utilizadas nesse artigo. O quadro 2 sintetiza essas informações.

Variável	Descrição
V1	Previsão Constitucional de defesa do consumidor
V2	Legislação especial de defesa do consumidor
V3	Órgão central governamental de defesa do consumidor
V4	Entidades civis de defesa do consumidor
V5	Regulamentação sobre contratos de adesão
V6	Regulamentação sobre contratos a distância
V7	Proteção contra cláusulas abusivas
V8	Regulamentação sobre propaganda enganosa ou abusiva
V9	Responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço
V10	Tutela penal das relações de consumo

Quadro 2 - Descrição das variáveis  
Fonte: elaborado pelos autores.

Foram analisadas dez diferentes variáveis categóricas e elas indicam se a legislação prevê dispositivos específicos para assegurar o fiel cumprimento dos direitos dos consumidores. Em caso afirmativo, atribui-se valor um (a proteção existe), caso contrário, atribui-se valor zero (inexiste a proteção). Os dados foram coletados junto ao Ministério da Justiça (MJ) para uma amostra de 17 países. São eles: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Guiana, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai. As informações foram tabuladas e, posteriormente, analisadas utilizando o pacote estatístico para Ciências Sociais (*Statistical Package for Social Sciences – SPSS*).<sup>22</sup>

## 4 RESULTADOS<sup>23</sup>

Tabela 1 - Previsão Constitucional de defesa do consumidor

Previsão Constitucional	N	%
Não	6	35,30
Sim	11	64,70
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Em 64,70% dos países, existe previsão Constitucional de defesa do consumidor, contabilizando onze ocorrências. No outro oposto, 35,30% dos casos analisados não positivaram, em sua Lei Fundamental, a proteção aos consumidores, registre-se: Belize, Bolívia, Chile, Guiana, Panamá e Uruguai. No Brasil, a Carta Constitucional de 1988 determinou que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/1988). Similarmente, tanto a Constituição argentina (art. 42, CF/1994) (ARGENTINA, 1994)<sup>24</sup> quanto a paraguaia conferiram *status* constitucional ao direito do consumidor.<sup>25</sup>

Com efeito, a constitucionalização da defesa do consumidor denota a preocupação do legislador em conferir posição de destaque aos princípios e/ou dispositivos que tratam das relações de consumo. A tabela 2 ilustra a frequência da legislação especial de defesa do consumidor.

Tabela 2 - Legislação especial de defesa do consumidor

Legislação especial	N	%
Não	2	11,80
Sim	15	88,20
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

A maior parte dos países adota alguma legislação especial de defesa do consumidor (88,20%), totalizando quinze observações. Apenas Bolívia e Belize não possuem dispositivos especificamente formulados com esse propósito (11,80%).<sup>26</sup> No Brasil, a Lei 8.078/1990 consolidou uma série de dispositivos que protegem o consumidor. Similarmente, na Argentina, a Lei 24.240/1993 (ARGENTINA, 1993).

Instituiu a Defesa do Consumidor.<sup>27</sup> No Chile, a Lei 19.955 de 2004 consolidou um conjunto de normas protetivas ao consumidor.<sup>28</sup> No Paraguai, a Lei 1.334/1998 (PARAGUAI, 1998) dispôs sobre Defesa do Consumidor e do Usuário.<sup>29</sup> Finalmente, em 2000, o Uruguai promulgou a Lei 17.250 (URUGUAI, 2000), materializando uma legislação específica de proteção aos direitos do consumidor.<sup>30</sup>

Em termos substantivos, a adoção de uma legislação específica de defesa do consumidor tem o objetivo de aumentar o nível de proteção dos cidadãos em suas relações de consumo. Comparativamente, o Brasil foi pioneiro na consolidação de uma legislação especialmente elaborada com esse propósito.

**Tabela 3 - Órgão central governamental de defesa do consumidor**

Órgão central governamental	N	%
Não	3	17,60
Sim	14	82,40
Total	17	100

Fonte: elaborado pelos autores.

No que diz respeito à existência de um órgão central governamental de defesa do consumidor, observa-se novamente que a maior parte dos países estabelece instituições dessa natureza (82,40%), contabilizando 14 casos. As exceções ficam por conta da Bolívia, Belize<sup>31</sup> e Equador.<sup>32</sup> No Brasil, o Decreto 2.181/1997 estabeleceu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), definindo normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1997). Na Argentina, a Lei 24.240 incumbiu à Secretaria de Indústria e Comércio a competência de elaborar políticas tendentes à defesa do consumidor, além de intervir na sua instrumentação mediante as resoluções pertinentes. Além disso, a supracitada secretaria deve manter um Registro Nacional de Associações de Consumidores e receber e dar andamento às eventuais denúncias dos consumidores (art. 41, Lei 24.240/1993) (ARGENTINA, 1993).

No Chile, a Lei 19955 de 2004 (CHILE, 2004) criou o Serviço Nacional do Consumidor, definindo sua forma de atuação e atribuições (arts. 57 e 58, Lei 19955/2004).<sup>33</sup> No Paraguai, cabe à Direção Geral de Defesa do Consumidor, órgão subordinado ao Ministério de Indústria e Comércio, assegurar o fiel cumprimento da defesa do consumidor no âmbito nacional (art. 43, Lei 1.334/1998) (PARAGUAI, 1998). No Uruguai, a Lei 17.250/2000 (URUGUAI, 2000), em seu artigo 40, determina que compete à Direção Geral de Comércio zelar pelos direitos dos consumidores em âmbito nacional.<sup>34</sup>

Inegavelmente, a existência de um órgão governamental com competência específica para dispor sobre as demandas consumeristas, além de favorecer a efetivação dos direitos dos consumidores, incentiva o desenvolvimento de uma cultura institucional em que os cidadãos reconhecem o Estado como entidade legítima para fazer valer seus direitos.

**Tabela 4 - Entidades civis de defesa do consumidor**

Entidades civis	N	%
Não	1	5,90
Sim	16	94,10
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Na maior parte dos países, existem entidades civis da sociedade organizada responsáveis por promover a defesa do consumidor (94,10%), totalizando 16 observações. Por outro lado, não existe instituição dessa natureza em Belize. No Brasil, existem diferentes entidades civis de defesa do consumidor. Por exemplo, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) oferece diferentes serviços aos consumidores, dentre eles, a oferta

de legislação e jurisprudência pertinente, além de publicações específicas sobre direito do consumidor.<sup>35</sup> Similarmente, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)<sup>36</sup> publica informações de interesse consumerista, além de promover a representação política e jurídica dos consumidores.<sup>37</sup> Na Argentina, a Lei 24.240/1993 (ARGENTINA, 1993) dispõe sobre a criação de associações civis de proteção aos direitos do consumidor (arts. 55-58, Lei 24.240/1993). No original,

*Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58 (art. 55, Lei 24.240/1993) (ARGENTINA, 1993, online).*

No Chile, existem diferentes entidades civis de auxílio e defesa dos consumidores, entre elas a Odecu (*Organización de Consumidores y Usuarios de Chile*)<sup>38</sup> e Conadecus (*La Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios*).<sup>39</sup> De acordo com o artigo 5º da Lei 19955 de 2004,

*Se entenderá por Asociación Consumidores la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés (art. 5º, Lei 19955/2004) (CHILE, 2004, online).*

Similarmente, Paraguai (art. 6º, g, nº 1.334/1998)<sup>40</sup> (PARAGUAI, 1998) e Uruguai (art. 42, d, 17.250/2000)<sup>41</sup> (URUGUAI, 2000) também apresentam entidades civis de defesa do consumidor.

A existência de instituições civis da sociedade organizada constitui um componente central do sistema protetivo. Isso porque essas instituições têm um papel fundamental na fiscalização das relações de consumo e na divulgação de informações.

Tabela 5 – Regulamentação sobre os contratos de adesão<sup>42</sup>

Regulamentação sobre os contratos de adesão	N	%
<b>Não</b>	3	17,60
<b>Sim</b>	14	82,40
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Observa-se que 82,40% dos países possuem legislação específica para regulamentar os contratos de adesão, totalizando 14 observações. Todavia, 17,60% dos casos carecem de dispositivos dessa natureza. É o caso da Bolívia, Colômbia e Belize. No Brasil, o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.” (art. 54, Lei 8.078/1990).<sup>43</sup> (BRASIL, 1990a, online).

Na Argentina, a Lei 24.240/1993 (ARGENTINA, 1993) prevê que a Autoridade de

Aplicação deve vigiar para que os contratos de adesão ou contratos similares não contenham cláusulas previstas no artigo 37 da Lei 24.240/1993<sup>44</sup> (ARGENTINA, 1993). No Chile, a Lei 19.955/2004 (CHILE, 2004), em seus artigos 16 e 17, dispõe sobre normas de equidade em contratos de adesão.<sup>45</sup> No Paraguai, a Lei 1.334/1998 define contrato de adesão como aquele que “*es aquél cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido.*” (art. 4º, h, Lei 1.334/1998)<sup>46</sup> (PARAGUAI, 1998, online).

No Uruguai, a regulamentação sobre os contratos de adesão encontra-se devidamente positivada nos artigos 28 e 29 da Lei 17.250/2000 (URUGUAI, 2000). O artigo 28 determina que: “*Contrato de adhesión es aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar substancialmente su contenido.*” (art. 28, Lei 17.250/2000).<sup>47</sup> (URUGUAI, 2000, online).

Por sua própria natureza, os contratos de adesão pressupõem uma desigualdade material entre os contratantes, o que, por sua vez, é traduzido em termos de vulnerabilidade do consumidor. Comparativamente, os ordenamentos jurídicos do Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai contemplam a regulamentação dessa espécie contratual, garantindo, em tese, a defesa dos direitos do consumidor contra eventuais excessos contratuais.<sup>48</sup>

**Tabela 6 - Regulamentação sobre contratos a distância**

Contratos a distância	N	%
Não	9	52,90
Sim	8	47,10
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

É importante analisar como diferentes países têm regulamentado os contratos a distância. Registra-se que, em 52,90% dos casos analisados, não existe tratamento legal sobre essa modalidade de contrato, totalizando nove observações. É a situação, por exemplo, de Belize, Bolívia, Colômbia, Peru, Equador, entre outros. Por outro lado, 47,10% dos países estabelecem regulamentações específicas sobre contratos a distância, contabilizando oito observações. Guiana, Panamá, México, Costa Rica, entre outros, exemplificam essa opção institucional.

No Brasil, o artigo 49 do CDC prevê que:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (art. 49, Lei 8078/1990) (BRASIL, 1990a, online).<sup>49</sup>

Na Argentina, os artigos 32 a 34 da Lei 24.240/1993 (ARGENTINA, 1993) dispõem sobre essa modalidade contratual,<sup>50</sup> garantindo o direito irrenunciável de arrependimento.<sup>51</sup> No Chile, a Lei 19.955/2004 (CHILE, 2004) introduziu uma regulamentação relativa a estes contratos, na qual se estabelece um direito de retratação caso não estabeleça o contrário por

parte do fornecedor (art. 3º, b, 19.955/2004 e arts. 12 A e 32, 19.955/2004). No Paraguai, o artigo 26 da Lei 1.334/1998 (PARAGUAI, 1998) prevê expressamente que:

*El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado jfuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por telefono on en el domicilio del consumidor (art. 26, Lei 1.334/1998). (PARAGUAI, 1998, online).*

No Uruguai, existe regulamentação da oferta de produtos e serviços realizados fora do estabelecimento comercial, realizadas por correio, por meio telefônico, por televisão e por meio eletrônico (art. 16, Lei 17.250/2000)<sup>52</sup> (URUGUAI, 2000).

Em termos substantivos, a existência de regulamentação específica sobre contratos à distância constitui um importante marco regulatório na medida em que protege o consumidor contra as vicissitudes de uma relação naturalmente caracterizada pela hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.

**Tabela 7 - Proteção contra cláusulas abusivas<sup>53</sup>**

Proteção contra cláusulas abusivas	N	%
Não	4	23,50
Sim	13	76,50
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Grammond (2010, p. 1) entende cláusulas abusivas como:

*an abusive clause is a clause which is excessively and unreasonably detrimental to the consumer or the adhering party and is therefore not in good faith; in particular, a clause which so departs from the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract that it changes the nature of the contract is an abusive clause.*

Para Aguiar Júnior (1994, p. 1) “o conceito de abusividade é fundamental para a leitura do Código do Consumidor. Ele perpassa os três pontos cernes regulados pela lei: a prática comercial, a publicidade e o contrato, proibindo que em qualquer desses momentos esteja presente o abuso.”

Em 76,50% dos países analisados, existe proteção contra cláusulas abusivas, totalizando 13 casos. No outro oposto, Bolívia, Belize, Colômbia e Peru carecem de dispositivos legais específicos contra cláusulas contratuais abusivas. No Brasil, a regulamentação sobre cláusulas dessa natureza foi devidamente positivada pelo artigo 51 do CDC ao determinar que:

são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a, online).<sup>54</sup>

Na Argentina, a Lei 24.240/1993 (ARGENTINA, 1993), em seu artigo 37, estabelece que não devem ser consideradas: a) as cláusulas que descaracterizem a obrigação ou restrin-

jam a responsabilidade por danos; b) as cláusulas que impliquem renúncia ou restrição dos direitos do consumidor, ou ampliem os direitos da outra parte; c) as cláusulas que contenham qualquer preceito que imponha a inversão do ônus da prova para o consumidor.<sup>55</sup> No Chile, a proteção contra contratos de adesão, cláusulas ou estipulações de caráter abusivo foi devidamente positivada pelo §4º, art. 16 da Lei 19.955/2004 (CHILE, 2004). No Paraguai, similarmente ao adotado no Brasil, tem-se a proteção contra cláusulas abusivas como um dos direitos básicos do consumidor, registre-se: “*Constituyen derechos básicos del consumidor: la adecuada protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales, y las cláusulas contractuales abusivas en la provisión de productos y la prestación de servicios.*” (art. 6º, e, Lei 1.334/1998).<sup>56</sup> (PARAGUAI, 1998, online).

No Uruguai, a Lei 17.250/2000 (URUGUAI, 2000) também dispõe sobre a existência de cláusulas abusivas. Em particular, o artigo 6º estabelece os direitos dos consumidores, assegurando “*La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales em el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas em los contratos de adhesion, cada um de ellos dentro de los términos dispuestos em la presente ley.*” (art. 6º, d, Lei 17.250/2000).<sup>57</sup> (URUGUAI, 2000, online).

Muito frequentemente, os contratos firmados entre fornecedores e consumidores apresentam cláusulas tendenciosas em favor dos primeiros. Legalmente, a proteção contra cláusulas dessa natureza é um elemento central para minimizar eventuais assimetrias contratuais lesivas ao consumidor.

**Tabela 8 - Regulamentação sobre propaganda enganosa ou abusiva**

Propaganda enganosa ou abusiva	N	%
Não	1	5,90
Sim	16	94,10
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Dezesseis dos dezessete países analisados possuem regulamentação específica sobre propaganda enganosa ou abusiva (94,10%). Belize é o único que não apresenta dispositivos dessa natureza. No Brasil, o artigo 4º, inciso VI, do CDC adota como princípio a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (art. 4º, VI, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a). Adicionalmente, o artigo 37 veda qualquer tipo de publicidade enganosa ou abusiva.<sup>58</sup>

Na Argentina, a Lei 24.240/1993 (ARGENTINA, 1993) não regula expressamente a propaganda enganosa ou abusiva, mas existe previsão na Lei 22.802/1983 (ARGENTINA, 1983) de Lealdade Comercial para proibir práticas dessa natureza (art. 9º, Lei 22.802/1983).<sup>59</sup> No Chile, a proteção contra propaganda enganosa foi devidamente positivada pelo parágrafo 1º, artigo 28 da Lei 19.955/2004 (CHILE, 2004). No original, “*comete infracción a las disposiciones*

de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño” (art. 28, parágrafo 1º, Lei 19.955/2004) (CHILE, 2004, online). No Paraguai, o capítulo VIII da Lei 1.334/1998 (PARAGUAI, 1998) dispõe sobre a regulamentação da publicidade, proibindo qualquer tipo de propaganda enganosa (art. 35) e abusiva (art. 37). No Uruguai, a vedação contra propaganda enganosa ou abusiva foi devidamente materializada pelos artigos 6º, d, 24 e 51 da Lei 17.250/2000.<sup>60</sup> (URUGUAI, 2000).

É absolutamente inaceitável que os fornecedores veiculem qualquer tipo de informação com o objetivo de induzir o consumidor ao erro. Legislação específica para coibir esse tipo de prática é, sem dúvida, um componente central do rol de direitos dos consumidores.

Tabela 9 - Responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço

Responsabilidade civil	N	%
Não	3	17,60
Sim	14	82,40
Total	17	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Seguindo a tendência anteriormente observada, na maior parte dos países, existe responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto ou do serviço (82,40%). Apenas os ordenamentos jurídicos de Belize, Bolívia e El Salvador não o fazem. No Brasil, a Seção III - Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço - do CDC estabelece a responsabilidade dos fornecedores em relação aos produtos e/ou serviços ofertados aos consumidores. Na Argentina, a Lei 24.240/1993 obriga os fornecedores a repararem o dano causado, mediante responsabilização civil (arts. 23 e 40 da Lei 24.240/1993), registre-se:

*Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. (art. 40, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, online).*

Assim como no Brasil, o artigo 40 da Lei 24.240/1993, da Argentina, determina que a responsabilidade por danos ao consumidor é objetiva.<sup>61</sup> No original,

*Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca em la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o em ocasión del servicio (art. 40, §1º, Lei 24.240/1993).<sup>62</sup> (ARGENTINA, 1993, online).*

No Chile, o §5º, em seus artigos 18 ao 28, dispõe sobre a responsabilidade civil dos fornecedores. Em particular, o artigo 20 da Lei 19955/2004 (CHILE, 2004) assegura a garantia ao consumidor de optar pela reparação gratuita do bem ou prévia restituição, sua reposição ou a devolução da quantidade paga em diferentes situações.

No Paraguai, a Lei 1.334/1998 (PARAGUAI, 1998) considera abusivas e nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que eliminem ou restrinjam a responsabilidade do fornecedor por danos causados ao consumidor. No original: “*Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que: desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños.*” (art. 28, a, Lei 1.334/1998, online). (PARAGUAI, 1998).

No Uruguai, a responsabilidade também é objetiva.<sup>63</sup> Em termos comparativos, a responsabilidade civil de fornecedores tem sua expressão mais amplamente desenvolvida no direito anglo-saxão, especialmente nos Estados Unidos. O ordenamento jurídico norte-americano prevê o instituto do *punitive damages* (indenização punitiva) que tem função única de punir o fornecedor, além dos danos eventualmente causados ao consumidor. Para Martins-Costa e Pergandler (2005), os também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) (MARTINS-COSTA; PERGENDLER, 2005). No Brasil, a tradição dominante entende que a responsabilidade civil se materializa com a restituição/compensação monetária do dano causado ao particular, o que, na prática, significa que uma única verba deve cumprir, ao mesmo tempo, função compensatória, punitiva e preventiva.<sup>64</sup>

Tabela 10 - Tutela penal das relações de consumo<sup>65</sup>

Tutela penal	N	%
Não	5	33,30
Sim	10	66,70
Total	15	100,00

Fonte: elaborado pelos autores.

Na maior parte dos países, existe tutela penal das relações de consumo (66,70%), perfazendo dez casos. Por outro lado, em 33,30% das nações, não se registra a tutela penal das relações de consumo. Argentina, Colômbia, Equador, Panamá e Uruguai integram esse grupo. No Brasil, o título II do CDC dispõe sobre as Infrações Penais, materializadas pelos arts. 61 ao 80. No Chile, existe previsão de pena de multa para eventuais desrespeitos à Lei de Proteção ao Consumidor (LPC). De acordo com o relatório do Ministério da Justiça, a competência para determinar estas sanções cabe aos juízes de polícia local, em caso de transgressões individuais, e aos juízes de letras, se coletivas. No Paraguai, o código penal prevê sanções penais àqueles que desrespeitarem os direitos dos consumidores (Lei 1.160/1997) (PARAGUAI, 1997). As legislações Argentina e Uruguai não preveem a tutela penal das relações consumeristas.

Por fim, a partir da combinação desses dez dispositivos legais em relação ao nível de proteção sobre o direito do consumidor, é possível estimar um índice de proteção. O indicador foi calculado a partir da soma de todas as variáveis, produzindo uma medida que varia entre zero e dez. A interpretação é direta: quanto mais próximo de zero, menor o nível de proteção.

Quanto mais próximo de dez, maior é o grau de garantias asseguradas ao consumidor. A tabela 11 apresenta a estatística descritiva desse índice.

Tabela 11 - Estatística descritiva do índice de proteção ao consumidor<sup>66</sup>

N	mínimo	máximo	média	desvio padrão <sup>67</sup>
17	0	10	7,65	2,63

Fonte: elaborado pelos autores.

Belize é o país com o menor grau de proteção garantido ao consumidor, seguido de perto pela Bolívia. No outro oposto, o valor máximo do índice de proteção é dez. Isso quer dizer que o aparato legal do país contempla todos os dispositivos protetivos até então considerados. Brasil, México e Costa Rica exemplificam a opção jurídica pelo maior grau de proteção aos direitos do consumidor. A média de regulamentação é de 7,65 com um desvio padrão de 2,63. Substantivamente, isso significa que existe uma tendência em torno de maior proteção, dada a magnitude do termo médio. Dito de outra forma, dos dez dispositivos protetivos, cerca de 7,65 são legalmente positivados. No que diz respeito à dispersão dos dados, existe pouca variação entre os países analisados, já que o valor da média supera o do desvio padrão. O gráfico 1 ilustra o índice de proteção ao consumidor em perspectiva comparada.

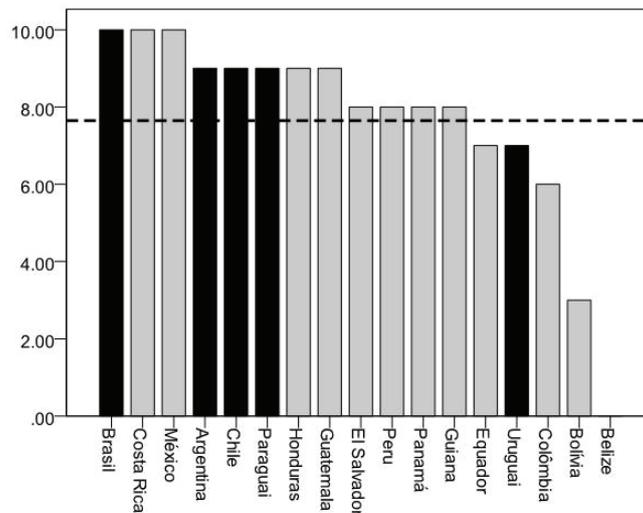


Gráfico 1 - Índice de proteção ao consumidor (decrecente)

Fonte: elaborado pelos autores.

O eixo vertical apresenta a distribuição do índice de proteção ao consumidor e a linha pontilhada representa a média (7,65). Como pode ser observado, Brasil, México e Costa Rica integram o grupo que concede nível máximo de proteção (dez). Paraguai e Argentina aparecem empatados no segundo grupo com grau de proteção igual a nove. Por último, o Uruguai aparece ao lado do Equador com nível sete de proteção. A tabela 12 apresenta uma perspectiva comparada entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai em relação a cada dispositivo de proteção ao consumidor.

**Tabela 12 - Proteção ao consumidor em perspectiva comparada**

Dispositivo	Brasil	Argentina	Chile	Paraguai	Uruguai
Previsão constitucional	Art.5º, XXXII, CF/1988	Art. 43, CF/1853	-	Art. 38, CF/1992	-
Legislação especial	8.078/1990	24.240/1993	19955/2004	1.334/1998	17.250/2000
Órgão central governamental	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (art. 2º, Decreto 2.181/1997)	Secretaria de Indústria e Comércio (art. 41)	Serviço Nacional do Consumidor (SE-NARC)	Direção Geral de Defesa do Consumidor (art.43)	Direção Geral de Comércio (art. 40)
Entidades civis	Art. 4º, II, b e Art. 5, V	Art. 55-58	Art. 5º da Lei 19955/2004	6o, g	Art. 42, d
Regulamentação de contratos de adesão	Arts. 18, §2º e 54 da Lei 8.078/1990	Arts. 37 e 38 da Lei 24.240/1993	Arts. 16 e 17 da Lei 19955/2004	Art. 4º, h, 24 e 25 da Lei 1.334/1998	Arts. 28 e 29 da Lei 17.250/2000
Regulamentação de contratos a distância	Art. 49 da Lei 8.078/1990	Arts. 32-34 da Lei 24.240/1993	Arts. 3º, b; 12A e 32 da Lei 19.955/2004	Art. 26 da Lei 1.334/1998	Arts. 16 da Lei 17.250/2000
Cláusulas abusivas	Arts. 37, 39 e 51 da Lei 8.078/1990	Art. 37, I da Lei 24.240/1993	Art. 16, §4º da Lei 19.955/2004	Arts. 6º, e, 28 e 37 da Lei 1.334/1998	Art. 6º, d, da Lei 17.250/2000
Propaganda enganosa ou abusiva	Arts. 36 e 37	Lei 22.802	Art. 28, §1º da Lei 19.955/2004	Arts. 35-39	Arts. 6º, d, 24 e 51
Responsabilidade civil	Arts. 18-25	Arts. 23 e 40	§5º, arts. 18-28	Art.28	Arts. 34-36
Tutela penal	Arts. 61-80	-	-	Lei 1.160/1997	-

Fonte: elaborado pelos autores.

## 5 CONCLUSÃO

Em termos teóricos, o principal objetivo desse artigo foi analisar o direito do consumidor em perspectiva comparada, concedendo especial atenção aos casos do Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai. Os resultados sugerem que, na maior parte dos países, o nível de proteção é elevado (7,65). Em particular, observou-se grau máximo de proteção no Brasil em face dos demais países.

Em termos institucionais, tanto o Ministério da Justiça quanto os órgãos estaduais de Proteção ao Direito do Consumidor oferecem tecnologias para a coleta, o processamento e a divulgação sistemática de informações. Nesse sentido, não há espaço para o argumento de que faltam dados para investigar a realidade. Partindo do pressuposto de que os processos de mudança institucional se beneficiam do conhecimento de outros contextos, é importante entender como diferentes países regulamentam os direitos dos consumidores. Isso porque a perspectiva comparada permite identificar quais são as práticas institucionais mais eficientes e quais delas são mais adequadas para serem emuladas em diferentes contextos.

Inegavelmente, estimar em que medida a legislação protetiva do consumidor produz os seus efeitos esperados é um dos principais desafios enfrentados não só pelos estudiosos do assunto, mas também pelos operadores do direito. Isso porque qualquer tentativa de aprimorar a legislação consumerista precisa identificar as eventuais consequências produzidas por cada opção institucional. Este trabalho procura contribuir para melhor compreender as regras que regulamentam o direito do consumidor, de forma geral, e no Brasil, em particular. Fundamentalmente, espera-se contribuir para aperfeiçoar a efetividade do sistema protetivo, já que a difusão de práticas eficientes depende do conhecimento da legislação comparada. Além disso, esperamos difundir a jurimetria como estratégia metodológica na pesquisa empírica em Direito.

## CONSUMER LAW IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: A JURIMETRICS APPROACH

### ABSTRACT

This article analyzes consumer law system in a comparative perspective using a jurimetrics approach. We examine both the current legislation and institutional mechanisms in Latin America, focusing on the following countries: Brazil, Argentina, Chile, Paraguay and Uruguay. The research design uses the technique of nested analysis, combining descriptive statistics with case study. The main results indicate that most of the countries have high levels of protection of consumer rights. Comparatively, the Brazilian legal system presents a maximum degree of protection. This paper hopes to contribute to improving the effectiveness of the protection system since the adoption of efficient practices depends on the knowledge of the comparative legislation. In addition, we hope to disseminate jurimetrics in empirical law research.

**Keywords:** Consumer law. Comparative law. Level of protection. Consumer vulnerability. Consumer relationship.

## DERECHO DEL CONSUMIDOR EN PERSPECTIVA COMPARADA: UN ENFOQUE JURIMÉTRICO

### RESUMEN

Este artículo analiza el sistema proteccionista en el marco del derecho del consumidor en perspectiva comparada a partir de un enfoque jurimétrico. Examinamos la legislación vigente y los mecanismos institucionales existentes en América Latina, enfocándose en los siguientes países: Brasil, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay. El modelo de investigación

utiliza la técnica de análisis anidada, combinando estadística descriptiva con estudio de caso. Los principales resultados indican que la mayoría de los países presentan niveles elevados de protección de los derechos del consumidor. En comparación, el ordenamiento jurídico brasileño presenta un grado máximo de protección. Este trabajo espera contribuir a perfeccionar la efectividad del sistema protector ya que la adopción de prácticas eficientes depende del conocimiento de la legislación comparada. Además, esperamos difundir la jurimetría en la investigación empírica en Derecho.

**Palabras clave:** Derecho del consumidor. Derecho comparado. Nivel de protección. Vulnerabilidad del consumidor. Relación de consumo.

- 
- 1 Gostaríamos de agradecer aos pareceristas anônimos da Revista Opinião Jurídica que ajudaram a melhorar a qualidade do nosso artigo. Eventuais erros e omissões devem ser creditados exclusivamente aos autores. É importante também ressaltar que uma versão inicial deste trabalho foi premiada pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).
  - 2 No Brasil, os princípios que informam o funcionamento da administração pública direta e indireta estão devidamente positivados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, registre-se: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, CF/88) (BRASIL, 1988). A doutrina identifica a existência de outros princípios igualmente importantes, mas que não estão expressamente cravados na Lei Maior, por exemplo, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, autotutela, controle jurisdicional e segurança jurídica.
  - 3 Felizmente, este não é caso do Brasil. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) oferece uma quantidade significativa de informações que auxiliam a defesa do consumidor. Por exemplo, existe informação não só sobre jurisprudência e legislação, mas também é possível realizar consultas eletrônicas. Além disso, o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SNDC), por meio do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas (CNRJ), reúne dados de interesse consumerista em diferentes níveis de agregação (nacional, regional, estadual) e por clivagens distintas (alimentos, assuntos financeiros, habitação, saúde, etc.). Existe ainda a Escola Nacional de Defesa do Consumidor que promove cursos permanentes e itinerantes. Mais informações podem ser obtidas em: <<http://defesadoconsumidor.gov.br/escolanacional>>.
  - 4 Para Zabala e Silveira (2014, p. 74), “Loevinger (1948) cunhou o termo ‘*jurimetrics*’, que, pela primeira vez, uniu teoria jurídica, métodos computacionais e estatística, com o intuito de analisar a jurisprudência e tornar o uso do direito mais previsível.”
  - 5 Para os leitores interessados no debate sobre replicabilidade e transparência científica, sugerimos a leitura dos seguintes artigos: King (1995), Paranhos et al. (2013) e Janz (2016). Em termos institucionais, indicamos as seguintes iniciativas: *Berkeley Institute for Transparency in the Social Sciences* (BITSS), o protocolo TIER desenvolvido pela *Haverford College* e o Open Science Framework (OSF).
  - 6 Para os propósitos deste trabalho, é importante destacar algumas: “Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano” (art. 48); “Se destrói bens, deverá indenizar tudo que destruiu e porque não executou solidamente a casa por ele construída, assim que essa é abatida, ele deverá refazer à sua custa a casa abatida” (art. 232); “Se um arquiteto constrói para alguém uma casa e não a leva ao fim, se as paredes são viciosas, o arquiteto deverá à sua custa consolidar as paredes” (art. 233). “Se um bateleiro constrói para alguém um barco e não o faz solidamente, se no mesmo ano o barco é expedido e sofre avaria, o bateleiro deverá desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa; o barco sólido ele deverá dá-lo ao proprietário” (art. 235); (VIEIRA, 1994. p. 8-9). Para uma análise mais minuciosa sobre a evolução histórica do direito do consumidor, ver Lopes (2006) e Pedron e Cafarrate (2000).

- 7 Por exemplo, “por ter misturado mercadorias de má qualidade com outras de boa espécie, por ter furado pedras preciosas e por ter perfurado desastrosamente pérolas, deve sofrer a multa no primeiro grau e pagar o dano” (art. 702) e “aquele que dá aos compradores pagando o mesmo preço, coisas de qualidade diferentes, umas boas, outras más, e aquele que vende a mesma coisa a preços diferentes deve, segundo as circunstâncias, pagar a primeira multa ou a multa média” (art. 703) (VIEIRA, 1994, p. 46).
- 8 Por exemplo, em 1872, foi aprovada a *Sherman Anti Trust Act*, popularmente conhecida como Lei Sherman. Seu principal objetivo era coibir as fraudes praticadas no comércio, além de restringir práticas comerciais consideradas desleais, como o cartel e o monopólio. Em 1891, surgiu a *New York Consumers League*, considerado o primeiro órgão de defesa do consumidor.
- 9 A mensagem original está disponível no endereço eletrônico de Kennedy (1962).
- 10 Para os propósitos deste artigo, é importante reportar os principais dispositivos legais que tratam, direta ou indiretamente, da proteção aos consumidores nos Estados Unidos, registre-se: *Truth in Lending Act (TILA, 1968)*, *Fair Credit Reporting Act (FCRA, 1970)*, *Fair Credit Billing Act (FCBA, 1975)*, *Fair Debt Collection Practices Act (FDCPA, 1978)*, *Credit Practices Rule (CPR, 1985)*, *Fair Credit and Charge Card Disclosure Act (FCCCA, 1989)*, *Consumer Credit Reporting Reform Act (CCRA, 1996)*, *Credit Repair Organizations Act (CROA, 1996)*, *Fair And Accurate Credit Transactions Act (FACTA, 2003)*, *Credit Card Act (CARD, 2009)* e *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (2011)*. Mais informações sobre a legislação norte-americana estão disponíveis em Federal Trade Commission (2017).
- 11 Para trabalhos especificamente sobre o Brasil, ver: (GRINOVER; BENJAMIN, 1997; GRINOVER, 2007; GRINOVER, 1996; GRINOVER, 1995; GRINOVER, 1990; GRINOVER, 1991; TEIXEIRA, 2000; ANDRIGHI, 2004; BEVILAQUA, 2008). Para uma análise específica sobre o direito do consumidor em relação à indústria de alimentos, ver: (GERMANO; BOANOVA; GERMANO, 2009). Para um trabalho seminal sobre o dano moral no direito do consumidor ver (SANTANA, 2009).
- 12 Por exemplo, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88) e foi devidamente representada no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, leia-se: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.” (art. 4º, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a, *online*).
- 13 A responsabilização civil dos fornecedores está devidamente hospedada em diferentes artigos, entre eles: 12; 14, §4; e 101 do CDC (BRASIL, 1990a).
- 14 O artigo 6º do CDC estabelece como direitos básicos do consumidor a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.” (art. 6º, VIII, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a, *online*).
- 15 “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.” (art. 56, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a, *online*).
- 16 O artigo 3º define fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (art. 3º, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a, *online*).

- 17 Todas as súmulas editadas pelo STJ estão disponíveis em Brasil (1990b).
- 18 “Integram o SNDC a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.” (art. 2º, Decreto 2.181/1997) (BRASIL, 1997, *online*).
- 19 Para o leitor interessado em aprofundar seus conhecimentos sobre a técnica de análise aninhada ver Lieberman (2005).
- 20 Para uma excelente introdução à metodologia de estudo de caso, ver Landman (2008) e Gerring (2004). Para uma abordagem mais avançada, ver Geddes (2003).
- 21 Mais adiante, Lijphart (1971, p. 683) acrescenta que um dos principais objetivos do método comparativo é identificar relações empíricas entre variáveis, e não deve ser confundido como um método ou técnica de mensuração.
- 22 Os dados brutos utilizados nesse trabalho estão disponíveis em Wada (2005).
- 23 Para o leitor interessado em aprofundar seus conhecimentos sobre direito do consumidor em outros países ver Cáprio (2010). Para uma análise do direito do consumidor no Reino Unido ver Cartwright (2004). Para um trabalho sobre o sistema protetivo italiano ver Marighetto (2011). Para uma análise do direito do consumidor argentino ver Toniollo (2011).
- 24 No original, “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*” (art. 42, CF/1994) (ARGENTINA, 1994).
- 25 No original, “*Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo*” (art. 38, CF/1992) (PARAGUAI, 1992, *online*).
- 26 Embora inexista legislação específica sobre a defesa do consumidor em Belize, é importante destacar dois importantes dispositivos: *Public Utilities Commission Act* e *Hire Purchase Act*. Na Bolívia, a Lei 2.028/1999 estabeleceu a jurisdição e competência do Governo municipal em matéria de Defesa do Consumidor. Além disso, instituiu sistemas de controle de qualidade e normas de condições higiênicas e de saúde na elaboração de produtos de origem animal e vegetal e também o confisco e a destruição, sem direito de compensação, para os que infringirem essas normas.
- 27 Em seu artigo primeiro determina que “*La presente Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social.*” (art. 1º, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, *online*).
- 28 “*La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias*” (Lei 19955/2004). (CHILE, 2004, *online*).
- 29 “*La presente ley establece las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económico.s*” (art. 1º, Lei 1.334/1998). (PARAGUAI, 1998, *online*).
- 30 “*La presente ley es de orden público e tiene por objeto regular las relaciones de consumo, incluidas las situaciones contempladas en el inciso segundo del artículo 4º.*” (art. 1º, Lei 17.250/2000). (URUGUAI, 2000, *online*).
- 31 De acordo com os dados compilados pelo Ministério da Justiça, além da Comissão de Utilidades Públicas, órgão governamental que protege os consumidores das companhias de utilidades públicas, não existe um órgão governamental central especificamente relacionado à proteção dos direitos do consumidor.
- 32 Embora inexista um órgão específico incumbido da defesa do consumidor, os artigos 81 e 82 da Lei de Defesa dos Consumidores estabelecem a competência da Defensoria do Povo para apreciar as reclamações dos consumidores. Em particular, o artigo 81 determina que “*Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse*

- motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente Ley, así como las demás leyes conexas.” (Lei Orgânica de Defesa do Consumidor - LOCD, n. 2000-21). (URUGUAI, 2000, online).
- 33 “El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.” (art. 58, Lei 19955/2004). (CHILE, 2004, online).
- 34 No original, “El Ministerio de Economía y Finanzas a través de La Dirección General de Comercio, será la autoridad nacional de fiscalización del cumplimiento de la presente ley, sin perjuicio de las competencias constitucionales y legales atribuidas a otros órganos y entes públicos.” (art. 40, Lei 17.250/2000). Adicionalmente, o artigo 41 estabelece que “La Dirección General de Comercio, además, asesorará al Ministerio de Economía y Finanzas en la formulación y aplicación en materia de defensa del consumidor.” (art. 41, Lei 12.750/2000). (URUGUAI, 2000, online).
- 35 A supracitada instituição mantém ainda a Revista de Direito do Consumidor (RDC). Maiores informações ver: (BRASILCON, 2017).
- 36 A referida instituição veicula a Revista do IDEC. Maiores informações: (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2017).
- 37 Existe também a Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON), que congrega Procuradores de Justiça e da República com atuação na defesa do consumidor de todas as regiões do Brasil. Mais informações estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <[http://www.mpcon.org.br/site/portal/template.asp?secao\\_id=12&secao\\_principal=4#](http://www.mpcon.org.br/site/portal/template.asp?secao_id=12&secao_principal=4#)>.
- 38 Veja: Organización de Consumidores y Usuarios (2017).
- 39 Veja: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (2017).
- 40 No original, “Constituyen derechos básicos del consumidor: la constitución de asociaciones de consumidores con el objeto de la defensa y representación de los mismos.” (art. 6º, g, nº 1.334/1998). (PARAGUAI, 1998, online).
- 41 “Compete a la Dirección del Area de Defensa del Consumidor: Podrá fomentar, formar o integrar además, comisiones asesoras compuestas por representantes de las diversas actividades industriales y comerciales, cooperativas de consumo y asociaciones de consumidores, o por representantes de organismos o entes públicos, las que serán responsables de las informaciones que aporten, y podrán proponer medidas correctivas referentes a la defensa del consumidor.” (art.42, d, 17.250/2000). (URUGUAI, 2000, online).
- 42 A Fundação de Proteção ao Consumidor de São Paulo define contrato de adesão como aquela modalidade contratual em que o contrato redigido somente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Para estes contratos, a lei determina que as cláusulas que limitam o direito do consumidor sejam redigidas com destaque.
- 43 O §2º do artigo 18 estabelece que “Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionalizada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.” (art. 18, §2º, Lei 8.078/1990). (BRASIL, 1990a, online).
- 44 No original do artigo 38, “La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cundo dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.” (art. 38, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, online).
- 45 “Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido” (art. 1º, 6, Lei 19955/2004). (CHILE, 2004, online).
- 46 Os artigos 24 e 25 também dispõem sobre contratos de adesão, vejamos: “Se entenderá por contrato de adhesión, aquél cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”

- (art. 24) e “*Todo contrato de adhesión, presentado em formularios, em serie o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado com caracteres legibles a simple vista y em términos claros y comprensibles para el consumidor.*” (art. 25). (PARAGUAI, 1998, online).
- 47 O §1º do supracitado artigo estabelece que “*En los contratos escritos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas no cambia por sí mesma la naturaleza del contrato de adhesión*” (art. 28, §1º, Lei 17.250/2000). (URUGUAI, 2000, online).
- 48 Para uma análise específica sobre contratos de adesão ver Schneider (2006).
- 49 “Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.” (art. 49, parágrafo único, Lei 8.078/1990) (BRASIL, 1990a, online).
- 50 Especificamente, o artigo 32 define a venda domiciliar da seguinte forma: “*es aquella propuesta de venta de una cosa o prestación de um servicio efectuada al consumidor en el lugar donde reside, en forma permanente o transitória o en su lugar de trabajo. En ella el contrato debe ser celebrado por escrito y com las precisiones del artículo 10.*” (art. 32, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, online).
- 51 O artigo 34 determina que “*em los casos de los arts. 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de cinco (5) dias corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensa ni renunciada*” (art. 34, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, online).
- 52 Na íntegra, “*La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local empresarial, por médio postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, ‘ipso-jure’ el contrato. El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco dias hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier médio fehaciente.*” (art. 16, Lei 17.250/2000). (URUGUAI, 2000, online).
- 53 Para uma análise específica sobre cláusulas abusivas ver Aguiar Júnior (1994).
- 54 O vocábulo *abusiva* aparece em 12 oportunidades na supracitada Lei, sugerindo uma preocupação consistente do legislador em proteger o consumidor brasileiro não só contra as cláusulas dessa natureza, mas também contra publicidade (art. 37) e práticas abusivas (art. 39).
- 55 Adicionalmente, tem-se que “*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para El consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.*” (art. 37, I, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, online).
- 56 Mais adiante, o artigo 28 enumera as hipóteses de cláusulas abusivas. Por sua vez, os artigos 30 e 31 dispõem sobre cláusulas abusivas em contratos de adesão.
- 57 O artigo 22 dispõe sobre as práticas abusivas.
- 58 O artigo 37 estabelece como “*engañosa cualquier modalidad de información ou comunicación de carácter publicitario, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.*” (art. 37, § 1º, Lei 8.078/1990). Por sua vez, o § 2º considera “*abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*” (art. 37, § 2º, Lei 8.078/1990). Por fim, o CDC determina que, “*para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.*” (art. 37, § 3º, Lei 8.078/1990). (BRASIL, 1990a, online).
- 59 Para o leitor interessado no assunto ver o seguinte endereço eletrônico: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19946/texact.htm>>.
- 60 Em particular, o artigo 24 determina que “*Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio,*

respecto de los productos y servicios” (art. 24, §2, Lei 17.250/2000). (URUGUAI, 2000, *online*).

- 61 De acordo com os dados coletados junto ao Ministério da Justiça, existe responsabilidade subjetiva na Bolívia, El Salvador e México. O Panamá apresenta as duas modalidades de responsabilidade, ou seja, tanto objetiva quanto subjetiva. Não existem informações disponíveis para os casos de Belize e Chile.
- 62 Mais adiante, o legislador argentino determinou que “*La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño de há sido ajena*” (art. 40, §2º, Lei 24.240/1993). (ARGENTINA, 1993, *online*).
- 63 No caso dos profissionais liberais, a responsabilidade será objetiva ou subjetiva conforme a natureza do serviço prestado.
- 64 Ver, por exemplo, o trabalho de André Gustavo Corrêa de Andrade sobre Indenização Punitiva (ANDRADE, 2008).
- 65 Inexistem informações sobre Belize e Guiana.
- 66 Uma forma mais sofisticada de calcular o índice de proteção por meio da Análise de Componentes Principais (ACP). Essa técnica permite sumarizar a variância das variáveis observadas em um indicador de síntese padronizado, ou seja, com média zero e desvio padrão igual a um. Para assegurar resultados mais robustos, foi estimado um modelo fatorial de componentes principais com as seguintes características: a) teste *Kaiser-Meyer-Olkin* de adequação da amostra de 0,714; b) teste de esferecidade de *Bartlett* significativo a 0,000; c) teste de chi-quadrado de 51,06 e d) 69,27% de variância total acumulada. A correlação de Pearson entre essa medida fatorial e o índice de regulamentação aqui apresentado foi de 0,995 com um p-valor de 0,000, sugerindo uma associação muito forte. Como o índice bruto é mais facilmente interpretável do que a medida fatorial padronizada optou-se por utilizá-lo nesse trabalho. Para uma introdução à técnica de fatorial ver Figueiredo Filho e Silva Júnior (2010).
- 67 O desvio padrão é uma medida de dispersão dos valores em torno da média. Quanto maior o seu valor, maior é o grau de heterogeneidade dos casos em face do valor da média. Quanto menor, mais homogênea é a distribuição dos casos em torno do termo médio.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, R. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, C. (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**: 2008. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ANDRIGHI, F. O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 1-11, maio/ago. 2004.

ARGENTINA. **Constitucion de La Nacion Argentina**, de 22 de agosto de 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 24.240/1993. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. **Info-Leg**, Buenos Aires, 1993. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em: 25 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 22.802/1983. Reúne en un solo cuerpo las normas vigentes referidas a la identificación de mercaderías y a la publicidad de bienes muebles, inmuebles y servicios.

Autoridades de aplicación y sus atribuciones. **InfoLeg**, Buenos Aires, 1983. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19946/texact.htm>>. Acesso em: 25 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 34-55, jan./jun. 2007.

BEVILAQUA, C. **Consumidores e seus direitos**: um estudo sobre conflitos no mercado de consumo. São Paulo: Humanitas/NAU, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.962.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1951. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1990a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. **DJ**, 2 maio 1990b. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.291, de 20 de julho de 2010. Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12291.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12291.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASILCON. **Home**. Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CÁPRIO, M. A proteção do consumidor nas Constituições dos países do Mercosul e associados. **Revista de Direito do Consumidor**, v.19, n. 74, p. 43-69, abr./jun. 2010.

CARTWRIGHT, P. **Consumer Protection and the Criminal Law: Law, Policy and Theory in the UK**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Subsecretaria de Economía, Fomento y Econstruccion. Ley 19.955, 2004. Modifica la ley nº 19.496 sobre proteccion de los derechos de los consumidores. **Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile**, 2004. Disponible: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=227543>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

CORPORACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. **Início**. Disponível em: <<http://www.conadecus.cl/conadecus/>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Statutes Enforced or administered by the Commission**. Available in: <<http://www.ftc.gov/ogc/stat3.shtm>>. Access in: 1 dez. 2017.

FIGUEIREDO FILHO, D.; SILVA JÚNIOR, J. Visão além do alcance: uma introdução à análise fatorial. **Opinião Pública**, Campinas, v. 16, n. 1, p. 160-185, jun. 2010.

GEDDES, B. **Paradigms and sand castles: theory building and research design in comparative politics**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003.

GERMANO, P.; BOANOVA, A.; GERMANO, M. Direito do consumidor: larva em bombom gera indenização por danos morais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 166-182, 2009.

GERRING, J. What Is a Case Study and What Is It Good for?. **The American Political Science Review**, v. 98, n. 2, p. 341-354, 2004.

GRAMMOND, S. The regulation of abusive or unconsciable clauses from a comparative law perspective. **The Canadian Business Law Journal**, v. 49, n. 3, p. 345-377, 2010.

GRINOVER, A. Acciones colectivas para la defensa del ambiente y del consumidor. **Revista de Derecho Procesal**, v. 3, p. 13, 1995.

\_\_\_\_\_. Ameaça à proteção do consumidor e das águas. **Revista de Direitos Difusos**, v. 41, p. 7-9, 2007.

\_\_\_\_\_. Da coisa julgada no código de defesa do consumidor. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 33, p. 5-15, 1990.

\_\_\_\_\_. O código de defesa do consumidor no sistema econômico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 91, p. 277-287, 1996.

\_\_\_\_\_. O novo processo do consumidor. **Revista de Processo**, v. 16, p. 141-152, 1991.

GRINOVER, A.; BENJAMIN, A. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Revista do IDEC**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/revistas>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

JANZ, N. Bringing the gold standard into the classroom: replication in university teaching. **International Studies Perspectives**, v. 17, n. 4, p. 392-407, 2016.

KENNEDY, John F. Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. 15 Mar. 1962. **Gerhard Peters and John T. Woolley - The American Presidency Project**, 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108#axzz1oKw2EyMm>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

KING, G. Replication, replication. **PS: Political Science and Politics**, v. 28, p. 443-499, 1995.

KING, G.; KEOHANE, R.; VERBA, S. **Designing social inquiry: scientific inference in qualitative research**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

LANDMAN, T. **Issues and Methods in Comparative Politics**. [S.l.]: Routledge, 2008.

LIEBERMAN, E. Nested Analysis as a Mixed-Method Strategy for Comparative Research. **American Political Science Review**, v. 99, n. 3, p. 435-452, 2005.

LIJPHART, A. Comparative politics and comparative method. **The American Political Science Review**, v. 65, n. 3, p. 682-693, 1971.

LOPES, M. **Vulnerabilidade do Consumidor: o equacionamento de uma problemática**. 2006. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2006.

MARIGHETTO, A. Proposta de leitura comparativa e sistemática do Código de Consumo italiano. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 20, n. 80, p. 13-47, out./dez. 2011.

MARTINS-COSTA, J.; PERGENDLER, M. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p.15-32, jan./mar. 2005.

ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (ODECU). **Início**. Disponível em: <<http://www.odecu.cl/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

PARAGUAY. Constitución (1992). Constitución Política de 1992. **Base de Datos Políticos de las Américas**, 1992. Disponible: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.160/1997**. Disponível em: <<http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/pt/node/179>>. Acesso em: 25 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.334/1998**. Ley de Defensa Ddl Consumidor y Del Usuario. **MIC**, 1998. Disponível em: <[http://www.mic.gov.py/v1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016\\_0.pdf](http://www.mic.gov.py/v1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016_0.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2018.

PARANHOS, R. et al. A importância da replicabilidade na ciência política: o caso do SI-GOBR. **Revista Política Hoje**, v. 22, n. 2, p. 213-229, 2013.

PEDRON, F.; CAFFARATE, V. Evolução histórica do Direito do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/687>>. Acesso: 24 mar. 2012.

RAGIN, C. **The comparative method**: moving beyond qualitative and quantitative strategies. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1987.

SANTANA, H. V. **Dano moral no direito no consumidor**. São Paulo: RT, 2009.

SCHNEIDER, L. A nova exegese dos contratos de adesão após o advento do código de defesa do consumidor. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 1, n. 3, p. 37-43, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/arquivos/v1n3/a3.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

TEIXEIRA, S. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, n. 27, p. 185-211, out./dez. 2000.

TONIOLLO, J. Bases para un régimen jurídico de protección contractual del consumidor desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 20, n. 80, p. 49-111, out./dez. 2011.

URUGUAI. **Lei nº 17.250/2000**. Ley de Defensa del Consumidor. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1672601.htm>>. Acesso em: 25 maio 2018.

VIEIRA, Jair Lot (Ed.). **Código de Hamurábi**: Código de Manu: Exertos: livro oitavo e nono. São Paulo: [s.n.], 1994.

WADA, Ricardo Morishita (Coord.). **Defesa do consumidor na América Latina**: atlas geopolítico. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/atlas-geopolitico-2005.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijo. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 73-86, jan./abr. 2014.

# INDUSTRY 4.0: HORIZONTAL INTEGRATION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW STRATEGIES IN ENGLAND

Marcelo Negri Soares\*

Marcos Kauffman\*\*

1 Introduction. 2 Industry 4.0. 3 The Impact of I4.0 on Businesses. 3.1 The Intellectual Property World Map and Brazil's Distance from the Fourth Industrial Revolution Protagonists. 4 Intellectual Property. 4.1 The Implications for Intellectual Property. 4.2 The Integrated Life Cycle – Model Based Definitions. 4.3 Digital Businesses and the Human Cloud. 4.4 Horizontally Integrated Businesses and the Value of Data. 5 The Need to Adapt IP Strategies. 5.1 Business Strategy Recommendations. 5.1.1 A Look at Competitors' Patents. 5.1.2 The Growing Importance of IPR. 5.2 Intellectual Property Recommendations: Life Cycle Recommendations. 5.2.1 Always Use NDAs (Non-Disclosure Agreements). 5.2.2 Always Share Only the Necessary Layers Information. 5.2.3 Always Use Confidentiality Notices. 5.3 Human Cloud Recommendations. 5.3.1 Use Non-Disclosure Clauses in Employment and Contractor Contracts. 5.3.2 Implementation and Physical Security Measures. 5.4 Data Sharing Recommendations. 5.4.1 Categorization of the Different Data Types. 5.4.2 Data Ownership Rights. 5.5 IP Ownership Clauses. 6 Conclusion. References.

## ABSTRACT

Intellectual Property (IP) is increasingly recognised as a paramount intangible asset influencing the value of companies, as well as their corporate strategies and management. This paper focuses on the impact of implementing Industry 4.0 (I4.0) on the management of IP in collaborative inter-organisational interconnected networks. Such interconnected networks will allow groups of companies, often competitors and/or customers, to share data and to collaborate in the design, development and manufacture of complex products and/or services, exchanging large amounts of proprietary technical data. Furthermore, this paper explores how companies can benefit from the interconnected network capabilities, whilst protecting them from any risks regarding the vulnerability of IP assets to misappropriation, unauthorized use or leakage. The

\* Lawyer, Accountant, Teacher and Writer. Post-Doctorate from Universidade Nove de Julho - São Paulo (2017). PhD in Law from Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Master by the same PUC-SP (2005). Graduated in Law from the State University of Maringá, Paraná (1997). Specialist in Procedural Law at the Paulista University (1998), in Commercial Law at Mackenzie (2006), in Public Law at the Federal School of Law (2008) and Accounting at the Maringá State Institute of Education (1989). Professor of the *Stricto Sensu* Post-graduation Program in Legal Sciences at Unicesumar. Researcher at FAPESP and at ICETI - Cesumar Institute of Science, Technology and Innovation. E-mail: <negri@negrisoares.com.br>. <http://orcid.org/0000-0002-0067-3163>

\*\* Doctorate Student, Centre for Business in Society – Faculty of Business and Law – Coventry University. Coventry University-U.K./Centre for Business in Society – Faculty of Business and Law. E-mail: <marcos.e.kauffman@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0002-5465-2368>

focus of this study is the UK manufacturing industry, where formal contractual tools are being deployed to support IP management in collaborative projects. It relies on an in-depth study of IP management practices in the UK manufacturing supply chain to critically assess the current state of practice in order to provide answers to the risks emanating from IP management in this new and complex collaborative setting. This paper concludes that IP and contractual tools deployed in this new environment must be underpinned by the business strategy and the business model. In addition, changes to organisational structures are necessary to bring together functions that typically operate in silos in many manufacturing businesses, namely: Engineering, Information Technology, Commercial and Legal Departments.

**Keywords:** Fourth Industrial Revolution. Intellectual Property. Business Strategy. Intellectual Property Strategy.

## 1 INTRODUCTION

The Fourth Industrial Revolution, also known as Industry 4.0 (I4.0), is described as a “digital revolution” in which the deployment of the Internet of Things (IoT) and the inter-connecting of all things and businesses in the manufacturing industry leads to “blurring the lines between the physical and digital spheres” (SCHWAB, 2016, p. 9). Such paradigm shift comes along with the prospect of disrupting the global manufacturing industry and leading to substantial economic growth and prosperity (MAN; STRANDHAGEN, 2017, p. 721).

The available literature indicates that the levels of integration of the I4.0 and data exchange between businesses will lead to extensive organisational consequences resulting in risks and opportunities to the manufacturing business (BAUERNHANSL; HOMPEL; VOGEL-HEUSER, 2014; BOTTHOF, 2015). Furthermore, it also recognises that established manufacturers will be required to re-evaluate and innovate their Business Models (BM) in order to stay competitive (JONDA, 2007; KAGERMANN, 2015; LOEBBECKE; PICOT, 2015), as the phenomenon will lead to new ways of creating value and disrupting the current supply chain structures (KAGERMANN, 2015). Finally, the literature also points out that there is a backlog in business management research regarding the impact on current business (BRETTEL et al., 2014; EMMRICH et al., 2015).

Therefore, as manufacturing businesses embark in the Fourth Industrial Revolution and go digital, the key questions troubling many practitioners and businesses managers are:

What will be the impact on business? How will intellectual property (IP) and IP strategies be affected by the new interconnect environment associated with I4.0?

This paper proposes that, in order to answer these questions, business leaders, academics and IP law practitioners must understand the changes taking place and then adapt their practices and strategies in order to mitigate any risks and capture and secure value in the form of IP. Furthermore, it is also argued that the failure to recognise and adapt to the new industrial

paradigm will result in a failure to secure a sustainable future and long-term business growth.

This article aims to contribute to the literature by assessing the concept of Industry 4.0 and its impact on manufacturing business and its Intellectual Property Strategies.

## 2 INDUSTRY 4.0

Despite the popularity and focus given to I4.0, which since its conception has arguably struggled to achieve a clear definition, even the “Industrie 4.0 Working Group” (KAGERMANN, 2015), which has been created by the German government with the objective of promoting and developing I4.0, only provides a description of the I4.0 vision and the basic enabling technologies and applications, but not a clear definition.

Furthermore, even though the I4.0 has since its conception moved up in the agenda for universities, companies and governments, the definition provided by the myriad of publications in both academic and practitioner domains has varied massively and accomplished little (BAUERNHANSL ; HOMPEL; VOGEL-HEUSER, 2014).

Thus, whilst the scope of this article falls outside the engineering disciplines involved in the technology enabling I4.0, it will attempt to provide a brief overview of I4.0 from an engineering perspective in order to form a business strategy and IP strategy view of its impact.

Therefore, we begin with an overview of a key concept at the core of I4.0, the Internet of Things (IoT). A simple way to explain the IoT is to use the widespread, well-understood technological concept known as the Internet.

The Internet is comprised of a global network of interconnected computer servers, which can be accessed simultaneously by multiple users via a range of endpoint devices (mobile phones, laptops, tablets, PCs, etc.). These connected users (almost 4 billion) add source materials, access the internet and use the information contained in those servers.

The next step then is to expand the concept of connecting these users and imagine that everyday objects containing embed sensors capable of communicating information are also connected to networks and to the Internet (BELDIMAN, 2013, p. 72).

Such objects can include mobile phones, wearable devices, washing machines, light bulbs, electric cars, etc. Furthermore, in an industrial setting these include robots, machines, jet engines, etc. All of these “things” are now “smart” objects which are capable of communicating and exchanging data with the wider network about themselves (e.g., what, where, when, temperature, pressure, acceleration, speed, status, etc.), making this network the Internet of Things.

In the same fashion as the concept of I4.0, there is still no consensual definition for IoT. Nonetheless, one of the most enlightening definitions was presented by the ISOC report as:

“Internet of Things” and “IoT” refers broadly to the extension of network connectivity and computing capability to objects, devices, sensors, and items not ordinarily considered to be computers. These “smart objects” require minimal human intervention to generate, exchange, and consume data; they often feature

connectivity to remote data collection, analysis, and management capabilities (ISOC, 2015, p. 12).

Thus, with a basic understanding of IoT, one can relate to the concept of I4.0, which can be characterised as a form of “Industrial Internet of Things” (IIoT) (LEBER, 2012). Therefore, alluding to the IoT applied in the industrial context, as already mentioned above in the form of connected robots, machines, jet engines, other equipment, etc.

This characterisation is similar to the one made by Kirazli and Hormann (2015, p. 864), which provides the following definition for I4.0: “Industry 4.0 is the systematic development of an intelligent, real-time capable, horizontal and vertical networking of humans, objects and systems.”

Therefore, I4.0 is the deployment of IIoT within the boundaries of an individual business, also known as “Vertical Integration”, as well as the deployment across a value chain, industry or even cross-industry, also known as “Horizontal Integration” (KAGERMANN, 2015).

To conclude this section, it is proposed that the deployment of IIoT within individual businesses, whilst undoubtedly leading to operational gains and other benefits such as increased speed, control and overall productivity, would not lead to major implications regarding the way businesses generate, protect, distribute and capture value. This is due to the fact that the knowledge and integration of all “things” and any data and knowledge exchange would remain under the control of a single entity.

On the other hand, the deployment of IIoT across value chains and/or industries, crossing individual business boundaries, will pose particular challenges, especially with regards to the strategic sharing, or not, of data and knowledge. To this end, the next few sections will explore the key implications to manufacturing businesses, as well as the need for the businesses to adapt their models and IP strategies in order to mitigate risks and secure value.

### 3 THE IMPACT OF I4.0 ON BUSINESSES

Having clarified the concept of I4.0, this section will turn to what is changing for current businesses. Why does these changes matter to businesses? And why should anyone care?

The vision of I4.0 is that integrating products, operations, businesses, supply chains and industries via the IIoT will result in a seamless product or service lifecycle and the potential to perform the exploitation of data emanating from the smart devices connected to each other and scattered in all industrial dimensions, which in turn will lead to new insights into products, operations, businesses, users and services.

Such vision, also called “digital transformation” is already taking place in many industries, where businesses are gravitating away from just selling hardware (e.g. parts, jet engines, robots, motors, etc.), and heading towards a model focused on commercialising solutions that provide a combination of hardware with embedded sensors and communication capability, generating field data and software solutions that enable users to utilise analytics to operate,

monitor, control and maintain the hardware in a new way (e.g. preventative maintenance).

There are various estimations regarding the volume and impact on businesses and the wider economy, if such a vision is achieved (FOROOHAR, 2016, p. 18). These estimates demonstrate a substantial importance to businesses and wider society: “In 2015, there were 10 billion connected devices. (BUSINESS INSIDER, 2015). IoT will generate between US\$3.9 and US\$11.1 trillion by 2025 (MANYIKA, 2015, p. 2.)”

To illustrate the impact of the digital transformation, imagine the change in how various forms of navigation technology have evolved. The first devices for satellite navigation (Sat Navs) were simple digital versions of the old style hardware (paper maps), which in turn replaced other methods of navigation (celestial navigation with stellar maps).

The original Sat Navs offered their users a massive improvement on the way the hardware was used due to their ease to operate, to search for a destination and to track your progress to the destination. Nevertheless, the early Sat Navs were disconnected from the real world, in the sense that their core information was static and the parameters were never adjusted to reflect live conditions such as traffic or roadworks. As such, the estimated time of arrival was almost always inaccurate.

The new generation of Sat Navs came along, powered by the IoT and big data analytics, which combine for example the information from the driver’s mobile phones with traffic cameras and wider emergency services information in order to accurately estimate the arrival time for each route. Furthermore, it very often also analyses all the alternative routes to your destination and provides the most effective option.

This analogy demonstrates a simplistic example of the transition from the first industrial revolution all the way to the fourth. The key point in this analogy is that the driver using the latest, fully connected Sat Nav, will inevitably have an advantage in comparison to drivers utilizing the older systems, as they will have a dynamic and efficient way to travel, which in turn will lead to faster journeys, lower fuel costs and higher reliability.

In conclusion, as in the analogy above, businesses that stay out of I4.0 are likely to be left behind and be less competitive. Furthermore, it is argued that as the benefits estimated above begin to be realised across industries and sectors, businesses will quickly embark in their digital transformation and business leaders and IP practitioners will need to use the existing structures, models and devices to generate, distribute and capture value and to stay competitive in the face of I4.0.

Having discussed the wider impact of I4.0 on businesses, attention now turns to an assessment of the implications of this transformation to Intellectual Property.

### 3.1 THE INTELLECTUAL PROPERTY WORLD MAP AND BRAZIL’S DISTANCE FROM THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION PROTAGONISTS

Brazil has advanced to the forefront of Intellectual Property Legislation, as seen with

the *Lei de Propriedade Industrial* (L. 9.279/1996, amended by L. 10.196/2001), aimed at meeting the global rules regarding business relations; also contemplating the regulation of rights and obligations relating to industrial property (Decree no. 2.553/1998); also other laws that address the theme of I4.0, such as the *Marco Civil da Internet* (L. 12.965/2014), among several other laws, and the most recent of them, establishing the Innovation Program for Connected Education (Decree nº 9.204, November 23, 2017). Brazil also innovates with the creation of the Brazilian Association of Artificial Intelligence (ABRIA) in May, 2017, in order to map and thereby foster the Brazilian initiatives in the field of artificial intelligence.

The Brazilian jurisprudence is sensitive to internal legislative changes and also to international conventions, particularly those of which it is a signatory, in accordance with the laws recognised worldwide. Aligned with its position, the Brazilian Superior Tribunal of Justice points out that:

The *Lei de Propriedade Industrial* restrains the granting of trademarks: A) trade name, title or insignia (art 124 V and 195 V); b) signs that reproduce brands the applicant could not be unaware of because of their activity, whose owner is established in a country that Brazil has an agreement with, if the brand is intended to distinguish similar or identical products or susceptible to cause confusion or brand association with such third party trademark (article 124, XXIII.); c) well-known brand in its field of activity pursuant to art. 6a (I) of the Paris Convention for Protection of Industrial Property. The Paris Convention established in 1883 gave rise to the international industrial property system in order to harmonize the protective system for the signatory countries, which include Brazil and the UK. (BRASIL, 2014, *online*, free translation).

There are also many studies in Brazil focused on the legal impacts arising from robotic advances, such as robots deployed to support and care for children, elderly or disabled people, as well as in surgical medicine, autonomous vehicles and drones. These themes are recurrent in the studies and scientific research in the law field, especially in regards to intellectual property law and its derivations. Indeed, in February 2017 the European Parliament adopted the report initiating the legislative process on these issues. Besides other digital issues, such as Bitcoin and Blockchain.

The economic impact brought by I4.0 and its radical changes are increasingly recurrent. Chief Data Officers (CDO) of this industry experience ever increasing amounts of transactions and data aggregation, increasing the risk of leaking private information, making it necessary to control and mitigate risks and liabilities contractually in order to ensure accountability regarding privacy and the protection of sensitive enterprise data, for example, DPOs – Data Privacy Officers, or CPOs – Chief Privacy Officers.

However, compared to the leading countries, such as the UK, the registration of patents in Brazil is far away from occupying a protagonist position, which follows the limited performance in general in Latin America as a whole, as demonstrated in the historical map (Exhibit 1), which depicts the size of each county according to their volume of intellectual property in 2002. Thus, although Brazil has improved massively since 2001, it is still just in the 24<sup>th</sup>

position in patent registration, 14<sup>th</sup> in trademark registration and 22<sup>nd</sup> on registered designs, according to the latest WIPO report (Exhibit 2) published in 2017 with the data collected during the year 2016.

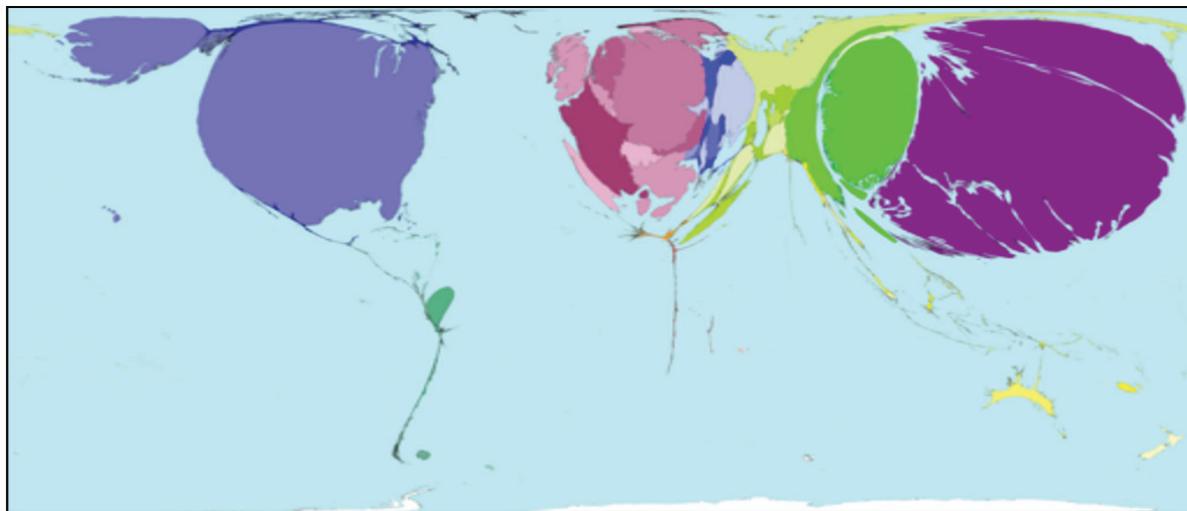


Exhibit 1 - Patents Granted in 2002 World Map  
 Source: SASI Group (University of Sheffield) and Mark Newman (University of Michigan) (WORLDMAPPER, 2006, *online*).

Origin	Patents	Trademarks	Designs
China	1	1	1
U.S.	2	2	4
Germany	5	4	2
Japan	3	3	7
Rep. of Korea	4	8	3
France	6	5	8
U.K.	7	7	11
Italy	11	11	5
Switzerland	8	13	9
Brazil	24	14	22

Exhibit 2 - WIPO Ranking of IP filling by origin in 2016  
 Source: (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2017, *online*).

As such, I4.0 is still not a reality for most Brazilian companies, and speaking of horizontal integration strategies, it is in an even farther step. Alongside this, the Country must insist on the verification of these cutting-edge models, such as the discussions that we will initiate in this article, especially regarding the strategies for effective protection of intellectual property, just to spark the interest in breaking these barriers.

A recent example of complete transformation is China, which in the last ten (10) years moved out of the intermediary space to take the top spot in the world ranking of intellectual

property registration. It is argued that China realized that with the advance of technology and in particular the I4.0, countries that do not care about such protection will be less competitive and place themselves out of the world's stage for exporting end products. Thus, it is also argued that some countries are and will be marginalised and be positioned as producers of raw materials and commoditised goods.

## 4 INTELLECTUAL PROPERTY

According to the World Intellectual Property Organization (WIPO), Intellectual Property (IP) can be characterised as creations of the mind (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2011). These include inventions, literary and artistic works, symbols, names, images, and designs used in commerce. IP can be categorised, according to the subject matter it covers, into two main categories: industrial property, which includes inventions, industrial designs, integrated circuit topographies, trademarks, and geographical indications; and copyright, which includes literary, dramatic and artistic works. IP-based innovation covers a wide spectrum of innovations, including drugs, machines, processes, business methods, software, maps, designs, computer chips, etc. Within this broad scope, IP can be found in any drawings, songs, books, logo, invention from an inventor and many others. IP Law provides for exclusive rights for the creators of IP. Such rights are referred to by the term intellectual property rights (IPR) (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2011).

This section explores IP protective measures and the difference between formal and informal protection measures. Protecting IP can be understood as a prohibition, which is intended to ensure that no one uses IP in a way that is contrary to the owner's will.

The protective measures can take effect in various forms, in the form of a trade secret, copyright protection, which forbids someone to reprint a book, remix a song, or patent protection, which prevents the use an invention, or trademarks, which protect the use of logos, among many other possibilities. As shown by these examples, the protection of IP can mean quite different things. However, all the possible protections of intellectual properties fall into one of the two categories: formal protection measures and informal protection measures (HOWELLS; LAITNER, 2003).

### 4.1 THE IMPLICATIONS FOR INTELLECTUAL PROPERTY

Historically, the focus of IP practitioners has been to use IP rights as the traditional "Shield and Sword" to protect the physical things, devices, structures, or the configuration of physical systems, physical outputs, or the operation of physical systems, physical connections, etc.

However, with the implementation of I4.0 the focus needs to be expanded in IP protection for intangible things, such as methodologies, configuration of virtual systems, data

ownership, handling and storage, processing algorithms, brand recognition, etc.

The implementation of I4.0 challenges the current understanding and use of IP protection and commercialisation strategies, justifying the development of new approaches better suited to the rapidly changing, highly integrated business networks.

As a result of the implementation of interconnected communications and the utilization of application programming interfaces (APIs) to more collaborative inter-company models, businesses must carefully consider how to protect their IP, whilst at the same time facilitating the interoperability of connected businesses.

The sub-section below presents a non-exhaustive list of challenges for IP strategy in the face of this new highly collaborative and interoperable environment emanating from I4.0.

## 4.2 THE INTEGRATED LIFE CYCLE – MODEL BASED DEFINITIONS

In order to achieve the levels of integration across the product life cycle from design to recycling, the I4.0 will require a change in the nature of proprietary files. This will undoubtedly impact manufactures who will be pushed due to efficiency and market pressures, whether they like it or not, towards migrating to “Model Based Enterprises” (MBE) <<http://www.lifecycleinsights.com/tech-guide/model-based-enterprise-mbe>>, where manufacturing businesses will move away from utilising 2D engineering drawings and specifications, to utilising digitalised 3D product drawings and definitions (i.e., Model Based Definitions “MBD”) (VEZZETTI; DESTEFANIS; ALEMANNI, 2011). These files can be shared across the supply chain (HEDBERG, 2016).

In fact, as highlighted by Hedberg on pg. 12, studies have demonstrated that manufacturing businesses could save millions and reduce their time to market and new product introduction time by almost 75% in average by utilising MBD.

Thus, the MBE digital files, also known as the “digital thread” or “source of truth” as referred to by Siemens (RICHTER; WALTHER, 2017), will be produced by 3D Computer Aided Design (CAD) software, which will contain the specifications for components and final products, including dimensions, tolerances and materials, as well as bills of materials and manufacturing information.

It is not difficult to imagine the potential damage caused if such files fall in the wrong hands, as this confidential information would enable a rapid copying of the product. As such, the potential loss of valuable IP obviously increases as manufacturing businesses migrate to the integrated life cycle model of I4.0 and begin to utilise the MBD files.

## 4.3 DIGITAL BUSINESSES AND THE HUMAN CLOUD

Despite the trend towards digitalization of businesses, one part of the organizations will remain unchanged, that is, the reliance on human beings to setup, coordinate and make

decision regarding critical activities.

Of particular importance in this context is the fact that, in the current technological setting, more and more technical work is being done by suppliers, contractors or even the employees themselves, which are working remotely, which is the so called “human cloud.”

This trend is a key factor in the I4.0 labour environment, where programmers, data scientist, IT professionals, statisticians, etc. provide specialized services to hundreds of projects scattered across a virtual cloud. These workers can perform their task from anywhere in the world, and the only thing necessary is to have internet access (O’CONNOR, 2015).

Furthermore, the available literature (AURIGA, 2015) points out that IT employment has the highest turnover rate compared to any other industry, reaching 20–30% annually and only lasting from one to four years of tenure. Painting an even more aggravating picture, a report by Symantec (2013) presents evidence from a survey showing that nearly 60 percent of software developers based in the United States believe to have the right to reuse code that they have written in previous assignments for the purposes of their next employment and over 40 percent believe that they should have the IP in their inventions.

This challenge was illustrated by the legal case between Formula One teams and a service provider, namely Force India vs. Malaysia Racing (2012) EWHC 616 (Ch) and Force India v. Aerolab (2013) EWCA Civ 780.

A key issue raised on paragraph 61 of Force India vs. Arolab was the need to distinguish between the personal skill and knowledge of the employees of the service provider and the corporate trade secrets of its clients. A concern was expressed that the development contract should not “unduly restrict the ability of Aerolab’s employees from making use of their skill and knowledge, even if that skill and knowledge had been enhanced by information that they had acquired in the course of working on the Force India project.” (FORCE INDIA FORMULA ONE TEAM LTD, 2013, p. 12). This dispute shows the difficulties in defining the scope of protection of trade secrets in an era characterized by employee mobility and open innovation models.

In conclusion, the confluence of digitalised business and high labour mobility, in combination with the above MBD files and the vertically integrated businesses carrying a vast amount of aggregated know-how and technical information, gives rise to one of the biggest risks to business IP due to unclear ownership of rights and knowledge spill over as a result of a subsequent competitor employment.

#### 4.4 HORIZONTALLY INTEGRATED BUSINESSES AND THE VALUE OF DATA

In the typical pre-I4.0 environment, IP strategies have focused on protecting hardware and software that process and store data. However, the data itself, especially in the newly interconnected environment, is of high value and worthy of protection. This value emanates from the ability to perform analytics on data from integrated smart objects, generating new

knowledge, which can be the source of competitive advantage and innovation. As such, the rights to these data sets, as well as the bigger aggregated data sets, as well as the knowledge and insights emanating from it are of critical importance to businesses.

Data, in its more simplistic form, is typically protected by trade secrets and copyright law, saved in the case of databases under EU jurisdiction via the “sui generis” protection scheme provided by the EU Directive 96/9/EC (Directive 96/9/EC, European Parliament and Council) (EUROPA, 1996).

Although the above methods of data protection can be useful in many circumstances, they very often fall short in scope and are considered by many as non-adequate (DLA Piper, Rights in Data Handbook) (DLA PIPER, 2013, p. 46.). In this case, it is very likely that businesses and IP practitioners will have to resort to contractual agreements in order to govern the operation and the inter-company relations in the I4.0 environment.

Therefore, IP strategies will have to take account of the required contractual agreements surrounding data exchange, particularly addressing the types, rights, and licensing constructs related to I4.0 interconnected data.

After discussing some of the challenges in relation to Intellectual Property in this new industrial paradigm, attention now turns to the need to adapt the current IP strategies.

## 5 THE NEED TO ADAPT IP STRATEGIES

With the current rate of technological and industrial change, and the unpredictable nature of technologies involved in the I4.0 environment, a variety of techniques should be utilised in order to effectively identify and protect IP. While there are a number of common strategies to be deployed in the arena, it is important to emphasize that a one-size-fits-all solution does not exist, as each individual business performs to achieve its own strategic objectives and will be setup according to a particular business model. As such, it is recommended that various legal mechanisms be considered alternatively or concurrently, with the non-legal mechanisms as part of a comprehensive IP strategy.

This section will be split into two sub-sections, covering first the non-legal recommendations about Organisational Strategies. The second subsection will then explore a set of recommendations related to the three IP challenges raised above.

### 5.1 BUSINESS STRATEGY RECOMMENDATIONS

IP management involves a lot more than just law and legal knowledge. Even so, IP management is very commonly left to a particular technical or legal department within the business. Such department will typical only focus on the protection of the business from potential infringement of other businesses IP and the protection from the infringement of its IP by competitors. It is argued that this approach to IP management, albeit marginally relevant

to business, is nevertheless unable to deliver tangible benefits and income to businesses, as there is too much emphasis on protection and on the legal issues, but not sufficient emphasis on the commercial aspects and the role of IP in the wider business strategy.

In order to bridge the IP and Business strategy, the team responsible for IP management must be not only competent in legal matters related to IP but also competent and directly involved in the business strategy and long-term objectives. The Handbook of European Intellectual Property Management uses an example of a technology company to illustrate this point.

In the example, the technology company identifies that a given market is shifting to a position where another technology company has a strong patent portfolio. In this case, typically a specialist team member from the legal department should flag the potential issue, provide evidence and offer advice to the business regarding a particular strategy to enter this market. At the same time, a senior IP specialist may devise and propose a strategy for the company to achieve particular agreements with competitors, in order to utilise their patents and reduce the risks and development costs in exchange for some of the company's own IP.

A significant problem occurs when businesses neglect IP management and fail to allocate relevant resources to monitor the potential markets in which the business plans to enter, as well as the IP landscape. Furthermore, businesses often also fail by delegating the IP management to inappropriate areas of the business. For example, if strategic decisions regarding IP management are delegated to operational level IP experts, such decisions are likely to be unsuccessful, as the employee is often unable to reach appropriate conclusions due to insufficient knowledge of the business and its strategies.

In addition, the typical approach in most businesses is that the IP experts are only called upon when it is too late and the problem has already occurred or when the business has already infringed the IP rights of another business or if another business has infringed their IP rights.

On the other hand, it is argued that by integrating IP strategies with the business strategies, a business can make effective decisions as the part of the managerial responsibility, thus transforming IP into a real asset and an important resource adding value to the business.

Nevertheless, it is a challenge to change the current practices, which arguably are driven by the senior management perception of IP as a very complex and time-consuming area, which should be entrusted to subject area experts within the in-house legal departments or external third parties. Furthermore, it is argued that this is also the main reason for the tendency to neglect the importance of IP and to link it to the wider business strategy.

Another challenge to businesses, as argued in the European Handbook of Intellectual Property Management, is the fact that it is very difficult to recruit people with the right capabilities in this area and able to effectively assume the role of an IP manager or executive. Furthermore, even if someone would succeed, they would become a significant drain on the wage budget. The employee must be competent in legal, technical and business aspects. Most IPR managers today have technical education combined with a degree in patent law, but they lack training and practical experience in business. A good example of how difficult it is to find

an employee who has all the necessary skills is one of the largest Danish companies, which had its position of IPR executive vacant for 18 months.

There are several solutions available. The management can either engage potential talents who are already employed in the company, invite them to strategy seminars, challenge them on the issue of IPR and its significance in various fields, and send them on courses, or pay external consultants to spar with the management.

### **5.1.1 A look at competitors' patents**

An appropriate IP strategy focuses not only on balancing the business own IP rights, but also on dealing with those from competitors. These represent an important but highly underestimated information channel, which provides valuable insight into which products the competitors can be expected to develop during the next five years.

An ineffective approach to solving the task is to completely refrain from patenting and worrying about competitors' patents. The promising approach, on the other hand, is to make efforts to translate competitors' patent applications into something that is of relevance to one's own business. The competitors' applications may in fact influence your decision about the next product you may introduce into the market. Again, it is crucial for a company's competitive edge to have an IPR executive who not only has insight into technical and legal areas, but is also a skilled businessperson.

This is also highly relevant in cases where mergers and acquisitions are on the agenda. Here, a traditional legal approach would consist of focusing solely on assessing whether the company that is being acquired has any potential or ongoing legal proceedings due to patent infringements. However, the IPR executive should play a much more central role in these cases, and already at an early stage evaluate whether the intellectual property rights of the other company have commercial relevance for their own business. Patents and other intellectual property rights can be worthless, if competitors have something better, and assessments of this sort require more than just legal expertise. They require that the person responsible for IPR is part of the management team.

### **5.1.2 The growing importance of IPR**

Working with IPR poses significant challenges for a company, firstly in finding the right person for the job and secondly in managing effectively its IPR. We often see companies facing these challenges by burying their heads in the sand. However, this can turn out to be a costly affair because globalization means that the focus on patents and other intellectual property rights is continuously increasing in importance.

Globalisation means that it is highly unlikely that you will identify a local need that does not already exist elsewhere in the world. Presumably, somewhere in the world, someone else will be in the process of developing something in order to meet that same need. Therefore,

it is important to have an IP strategy ready as soon as you have a new product or production process.

## 5.2 INTELLECTUAL PROPERTY RECOMMENDATIONS: LIFE CYCLE RECOMMENDATIONS

In order to mitigate the potential risks of utilising MBDs in inter-organisational collaborations, businesses should be particularly careful when sharing files. The next three recommendations form a non-exhaustive list, which is generic and applicable in most cases where a MBD model is shared. Nevertheless, each individual business should ensure that the information shared contributes to the business goals and objectives.

### 5.2.1 Always use NDAs (non-disclosure agreements)

MBD files should only be shared after the parties have signed a suitable and effective NDA. Such agreement must clearly define the term ‘Confidential Information’ as including electronic information such as, but not limited to, MBD models and associated files.

### 5.2.2 Always share only the necessary layers information

Businesses should pay particular attention to how much detail is shared within the interconnected value networks. Each file should be configured specifically for the purpose for which it is going to be shared. For example, a particular supplier may need the details regarding a component inside a product, but not the model for the whole product. Thus, the files should be suited for the different uses so that the unnecessary parts of the product design are masked (UK-IPO, 2015, p. 33).

### 5.2.3 Always use confidentiality notices

Business should include confidentiality notices in all documents before sharing. Such notices should at least include the business name and the word confidential “[Company] Confidential” in the MBD file name. It is also a best practice to embed a proprietary notice in the file to be shared, for example:

The information contained herein is the confidential and proprietary property of [Company]. It is to be used only for the benefit of [Company] and shall not be disclosed, transferred, reproduced, altered, or used for any purpose without the express prior written consent of [Company] (MILLIEN; GEORGE, 2016, p. 21).

As mentioned above, these three recommendations are not exhaustive and attention should be given to the particular relationship between the parties sharing and receiving the

files, as well as any other protection that may be available in case of misappropriation of intellectual property.

### 5.3 HUMAN CLOUD RECOMMENDATIONS

In order to address the risks related to knowledge spillover in relation to high labour mobility and the vertically integrated businesses carrying a vast amount of aggregated know-how and technical information, business should consider at least the following two actions:

#### 5.3.1 Use non-disclosure clauses in employment and contractor contracts

Businesses should ensure that contractual agreements for both employees and contractors contain non-disclosure clauses. Furthermore, these contracts should also include an IP assignment clause specifying the ownership of IP at the first point of engagement.

#### 5.3.2 Implementation and physical security measures

Businesses should ensure that adequate security controls are in place, preventing not only physical risks (document management, disabling USBs, etc.), but also IT risks (network monitoring, data loss software). These security controls should prevent the access to source code files, MBD files, design specifications and other IP-rich documents.

It is also important to remember that these security measures must be implemented in accordance with the particular jurisdiction, particularly the national and regional laws governing employee privacy, inventor remuneration and limitations on employee invention ownership.

### 5.4 DATA SHARING RECOMMENDATIONS

Data sharing is one of the most critical aspects of the Fourth Industrial Revolution. The vast amounts of data to be shared and aggregated across the entire value chain is particularly important as the rights to the individual data sets, as well as the bigger aggregated data sets and the knowledge emanating from them are of critical importance to businesses. As such, we lay out a non-exhaustive set of recommendations with the three basic actions, which will improve the business IP protection.

#### 5.4.1 Categorize the different data types

Businesses should be aware of the main data types to be shared in the inter-organisational relationships emanating from Industry 4.0. Furthermore, contractual terms between businesses exchanging data should address at least the following data types:

- a) raw data, machine data and unprocessed data:
  - this is simply the big data sets that are collected from the relevant smart objects at issue in the IoT-related contract;
- b) processed data:
  - this is the set of data resulting from the analysis of the raw data by any actor (suppliers, manufacturers, customers, end-users) in the Industry 4.0 environment and;
- c) input data:
  - this is any data that is entered by the end-users who interact with the relevant smart objects at issue (and/or their respective customers).

#### 5.4.2 Data ownership rights

Businesses should also be aware of the different data ownership rights in relation to inter-organisational data exchange. Once more, contractual agreements in this area should address at least the following points:

- a) the smart object manufacturer may simply own the data regardless of whether the smart object itself is sold or leased to a customer;
- b) the smart object manufacturer may own the data, but the customer will receive a license to some or all of the data;
- c) the smart object manufacturer may own the data, but the customer and some third parties will receive a license to some or all of the data or;
- d) the customer may own the data, but the smart object manufacturer will receive a license to some or all of the data and for all or some specific purposes.

### 5.5 IP OWNERSHIP CLAUSES

Finally, businesses should also consider the fact that, similar to joint IP ownership clauses, data rights provisions in Industry 4.0 related contracts will be the subject of a lot of negotiation, which often times will likely be contentious negotiations as the powers of the various parties in a value chain will influence how much each party will give in. Nevertheless, such contracts should at least consider the following licensing constructs surrounding IP: What data? What rights? What IP? Who owns the IP? Who are the licensor and the licensee? What is the particular business model? What products, services or areas of use? In what territory? What is the term (time) of such right? Are the rights exclusive or non-exclusive? Is there a right to sublicense?

These constructs should be incorporated into the particular contractual agreements. The following is an example of an ownership clause where a “smart object manufacturer owns the raw and processed data, but the customer receives a license to some of the data.

The Customer acknowledges and agrees that the Manufacturer owns all rights,

titles and interest in the Equipment Data. The Customer will upon request deliver such data to the Manufacturer. The Manufacturer hereby grants the Customer a perpetual, non-exclusive, non-transferable, royalty-free license to use, reproduce and store the Equipment Data solely to the extent required to operate Customer's equipment (MILLIEN; GEORGE, 2016, p. 22).

Furthermore, in this case it is critical to provide a clear definition of equipment data as in the following example:

Equipment Data means any data, metadata, logs or other information generated by the operation of the Software or the Device, but does not include any personally identifiable information, nor any information entered into the Software or the Device by the Customer's employees, agents or end-users, except to the extent where portions of such information appear in anonymized or aggregated form or in automated logs or similar records through the normal operation of the Software. (MILLIEN; GEORGE, 2016, p. 22).

Finally, in the Industry 4.0 inter-organisation relations, data from suppliers and customers will often aggregate data from other devices generated by a particular business. It is also important to define expectations, responsibilities and liabilities regarding data security and privacy, as both suppliers and customers may be vulnerable to breaches of data security and privacy.

Therefore, contracts about this must be made as clearly and carefully as possible. They should include the details regarding the gathering, anonymizing, notifying and using customer and supplier data.

## 6 CONCLUSION

The phenomenon of I4.0 will reach businesses of all sizes and across all industries, which will generate rich data that, when coupled with analytics, will enable more efficient monitoring and controlling of operations leading to increased levels of flexibility and efficiency.

While these new technology offers and business models have no effect on IP rights themselves, they do affect how IP strategies should be formulated. That is, the basic requirements for their registration and enforcement of IP obviously remain unchanged. But the practices and strategies for securing and commercialising IP in such environment are completely different.

The interconnected supply chain allows devices in different businesses to work together to provide new functionality and/or data analytics to businesses throughout the supply chain, as well as customers. Flexibility imparted to products through their increased data processing and communication capabilities creates uncertainty when it comes to IP protection. A flexible and multi-faceted IP strategy informed by the business strategy and business model must be implemented to ensure control over the business value offer, as well as the brand, technology ownership, reputation and joint technological innovation, while preserving options for fast route to market, configuration and customisation in light of the involvement of multiple businesses within the Industry 4.0 value chain.

## INDÚSTRIA 4.0: ESTRATÉGIAS DE INTEGRAÇÃO HORIZONTAL E DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA INGLATERRA

### RESUMO

A Propriedade Intelectual (PI) é cada vez mais reconhecida como um ativo intangível primordial que influencia o valor das empresas, as estratégias corporativas e a sua gestão. Este artigo enfoca o impacto da implementação da Indústria 4.0 (I4.0) no gerenciamento de IP nas redes colaborativas interligadas interorganizacionais. Tais redes interligadas permitirão que grupos de empresas, muitas vezes concorrentes e/ou clientes, compartilhem dados e colaborem na concepção, desenvolvimento e fabricação de produtos e/ou serviços complexos, trocando grandes quantidades de dados técnicos proprietários. Além disso, este trabalho explora o modo como as empresas podem se beneficiar das capacidades de rede interconectadas, protegendo-se de qualquer risco a respeito da vulnerabilidade de recursos IP até apropriação indevida, uso não autorizado ou vazamento. O foco deste estudo é a indústria de fabricação do Reino Unido, onde ferramentas contratuais formais estão sendo implantadas para apoiar o gerenciamento de PI em projetos colaborativos. Baseia-se em um estudo aprofundado das práticas de gerenciamento de PI na cadeia de fornecimento de manufatura do Reino Unido para avaliar criticamente o estado atual da prática, a fim de fornecer respostas aos riscos que emanam do gerenciamento de PI nesta configuração colaborativa nova e complexa. Este artigo conclui que a PI e as ferramentas contratuais implantadas neste novo ambiente devem ser sustentadas pela estratégia de negócios e pelo modelo de negócios. Além disso, as mudanças nas estruturas organizacionais são necessárias para reunir funções que normalmente operam em silos em muitas empresas de fabricação, notadamente: engenharia, tecnologia da informação, departamentos comerciais e jurídicos.

**Palavras-chave:** Quarta Revolução Industrial. Propriedade Intelectual. Estratégia de Negócio. Estratégia de Propriedade Intelectual.

## INDUSTRIA 4.0: ESTRATEGIAS DE INTEGRACIÓN HORIZONTAL Y DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN INGLATERRA

### RESUMEN

La Propiedad Intelectual (PI) es cada vez más reconocida como un activo intangible primordial que influye en el valor de las empresas, en las estrategias corporativas y en su gestión. Este artículo se centra en el impacto de la implementación de la Industria 4.0 (I4.0) en la administración de PI en las redes cooperativas interconectadas interorganizacionales. Estas redes interconectadas permitirán que grupos de empresas, a menudo competidores y/o clientes,

compartan datos y colaboren en el diseño, desarrollo y fabricación de productos y/o servicios complejos, intercambiando grandes cantidades de datos técnicos registrados. Además, este trabajo explora la forma en que las empresas pueden beneficiarse de las capacidades de red interconectada, protegiéndose de cualquier riesgo sobre la vulnerabilidad de recursos de la PI la apropiación indebida, el uso no autorizado o la filtración. El enfoque de este estudio es la industria de fabricación del Reino Unido, donde se están implementando herramientas contractuales formales para apoyar la administración de la PI en proyectos colaborativos. Se basa en un estudio exhaustivo de las prácticas de administración de la PI en la cadena de suministro de manufactura del Reino Unido para evaluar críticamente el estado actual de la práctica, con el fin de proporcionar respuestas a los riesgos que emanan de la administración de la PI en esta configuración colaborativa nueva y compleja. Este artículo concluye que la PI y las herramientas contractuales implantadas en este nuevo ambiente deben ser respaldadas por la estrategia de negocios y el modelo de negocios. Además, los cambios en las estructuras organizativas son necesarios para reunir funciones que normalmente operan en silos en muchas empresas de fabricación, especialmente: ingeniería, tecnologías de la información, departamentos comerciales y jurídicos.

**Palabras clave:** Cuarta Revolución Industrial. Propiedad intelectual. Estrategia de negocio. Estrategia de Propiedad Intelectual.

## REFERENCES

AURIGA. **Employee Tenure Becomes Hot Topic for Tech Companies**. 2015. Available at: <<http://auriga.com/blog/>>. Access in: 20 May 2018.

BAUERNHANS, T.; HOMPEL, M. Ten; VOGEL-HEUSER, B. (Eds.). **Industrie 4.0 in Produktion, Automatisierung und Logistik**. Wiesbaden: Springer, 2014.

BELDIMAN, D. Introduction. In: BELDIMAN, D. (Ed.). **Access to Information and Knowledge: 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance**. Cheltenham (UK)/Northampton, MA: Edward Elgar, 2013.

BOTTHOF, A. Zukunft der Arbeit im Kontext von Autonomik und Industrie 4.0. In: BOTTHOF, A.; HARTMANN, E. A. (Eds.). **Zukunft der Arbeit in Industrie 4.0**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2015. p. 3-8.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1190341/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 05/12/2013. **DJe**, 28 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1190341&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRETTEL, M. et al. How virtualization, decentralization and network building change the

- manufacturing landscape: an industry 4.0 perspective. **International Journal of Mechanical, Aerospace, Industrial and Mechatronics Engineering**, v. 8, n. 1, p. 37-44, 2014.
- BUSINESS INSIDER. **The Internet of Things 2015 Report**. [S.l.: s.n.], 2015.
- DLA PIPER. **Rights in Data Handbook**. [S.l.: s.n.], 2013.
- EIGHT GREAT TECHNOLOGIES. **The Internet of things: a patent overview**. The Intellectual Property Office (UK), 2014.
- EMMRICH, V. et al. **Geschäftsmodell-Innovation durch Industrie 4.0: Chancen und Risiken für den Maschinen- und Anlagenbau**. München, Stuttgart: Dr. Wieselhuber & Partner, Fraunhofer IPA, 2015.
- EUROPA. European Parliament and of the Council. Directive 96/9/EC. **Official Journal of the European Communities**, 11 Mar. 1996.
- FORCE INDIA FORMULA ONE TEAM LTD. v. 1. Malaysia Racing Team SDN BHD and others. EWHC 616 (Ch). 2012. Available at: <<https://www.withersworldwide.com/en-gb/force-india-formula-1-team-limited-v-1malaysia-racing-team-sdn-bhd-ors>>. Access in: 4 June 2018.
- FORCE INDIA FORMULA ONE TEAM LTD. **Aerolab SRL and others**. EWCA Civ 780. 2013. v. 1. Available at: <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b060d03e7f57eb140f>>. Access in: 4 June 2018.
- FOROOHAR, R. **The 1 Thing on Everybody's Mind at Davos**, Time.com (Jan. 20, 2016).
- HEDBERG, T. Testing the Digital Thread in Support of Model-Based Manufacturing and Inspection. **Journal of Computing and Information Science in Engineering**, v. 16, n. 2, 2016.
- HOWELLS, M.; LAITNER, J. **A Technical framework for industrial GHG mitigation in developing countries**. Proceedings: Summer Study: Industrial Energy Efficiency. New York: ACEEE, 2003.
- JONDA, M. **Innovation, Geschäftsmodell**: "analyse - und planungsprozesse der strategischen unternehmensführung." Saarbrücken: VDM Müller, 2007.
- KAGERMANN, H. Change through digitization: value creation in the age of industry 4.0. In: ALBACH, H. et al. (Eds.). **Management of Permanent Change**. New York: Springer, 2015. p. 23-45.
- KIRAZLI, A.; HORMANN, R. A conceptual approach for identifying Industrie 4.0 application scenarios. In: INDUSTRIAL AND SYSTEMS ENGINEERING RESEARCH CONFERENCE, 2015, Geórgia, EUA. **Proceedings...** Geórgia, EUA: Institute of Industrial Engineers, 2015.

LEBER, J. General Electric Pitches an Industrial Internet. **MIT Technology Review**, 28 Nov. 2012.

LOEBBECKE, C.; PICOT, A. Reflections on societal and business model transformation arising from digitization and big data analytics: A research agenda. **The Journal of Strategic Information Systems**, v. 24, n. 3, p. 149-157, 2015.

MAN, J. C. de; STRANDHAGEN, J. O. An Industry 4.0 research agenda for sustainable business models. In: CIRP CONFERENCE ON MANUFACTURING SYSTEMS, 50., 2017, Taichung City, Taiwan. **Proceedings...** Taichung City, Taiwan: Elsevier B.V. Procedia CIRP 63, 2017. p. 721-726. 2017. Doi:10.1016/j.procir.2017.03.315.

MANYIKA, J. The Internet of Things: Mapping the value beyond the hype. **McKinsey Global Institute**, p. 2, June 2015.

MILLIEN, R.; GEORGE, C. **Intellectual Property Lawyering in the Fourth Industrial Revolution (the IoT)**. 2016. Available from: <[https://www.researchgate.net/publication/313504500\\_Intellectual\\_Property\\_Lawyering\\_in\\_the\\_Fourth\\_Industrial\\_Revolution\\_the\\_IoT](https://www.researchgate.net/publication/313504500_Intellectual_Property_Lawyering_in_the_Fourth_Industrial_Revolution_the_IoT)> Access in: 4 June 2018.

O'CONNOR, S. The human cloud: a new world of work. **Financial Times**, 8 Oct. 2015.

RICHTER, K.; WALTHER, J. **Supply Chain Integration Challenges in Commercial Aerospace**. A Comprehensive Perspective on the Aviation Value Chain. [S.l.: s.n.], 2017.

SCHWAB, K. **The fourth industrial revolution: what it means, how to respond**. World Economic Forum. [S.l.]: Crown Business, 2016.

SYMANTEC. **What's yours is mine: how employees are putting your intellectual property at risk**. 2013. Available at: <[https://www.symantec.com/content/en/us/about/media/pdfs/b-whats\\_yours\\_is\\_mine.en-us.pdf](https://www.symantec.com/content/en/us/about/media/pdfs/b-whats_yours_is_mine.en-us.pdf)>. Access in: 4 June 2018.

THE INTERNET SOCIETY (ISOC). **Overview**. 2015. Available at: <<https://www.internet-society.org/wp-content/uploads/2017/08/ISOC-IoT-Overview-20151221-en.pdf>>. Access in: 4 June 2018.

UK-IPO. **Intellectual Property Office: annual report and accounts 2014 to 2015**. Printed: UK, Majesty's Stationery Office. 2015. Available at: <<https://www.gov.uk/government/publications/ipo-annual-report-and-accounts-2014-to-2015>>. Access in: 4 June 2018.

VEZZETTI, E.; DESTEFANIS, F.; ALEMANNI, M. Model-based definition design in the product lifecycle management scenario. **The International Journal of Advanced Manufacturing Technology**, v. 52, n. 1/4, p. 1-14, 2011.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Intellectual Property Report**. 2011. Available at: <[www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/944/wipo\\_pub\\_944\\_2011.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/944/wipo_pub_944_2011.pdf)>. Access in: 4 June 2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **World Intellectual Property Indicators 2017**. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2017. Available at: <[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_941\\_2017.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2017.pdf)>. Access in: 11 Feb. 2017.

WORLDMAPPER. SASI Group (University of Sheffield) and Mark Newman (University of Michigan). **Patents Granted in 2002 World Map**. 2006. Available at: <<http://www.world-mapper.org/display.php?selected=167>>. Access in: 10 Feb. 2017.

# A CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA LOCAL PARA A SUPERAÇÃO DA BAIXA DIMENSÃO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

*Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira\**  
*Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha\*\**

1 Introdução. 2 A complexidade federativa brasileira e o papel dos municípios. 3 A baixa dimensão institucional das municipalidades. 4 A centralidade da advocacia pública para um giro institucional dos municípios: uma proposta. 4.1 Aspectos teóricos da proposta. 4.2 Instituinto a advocacia pública municipal. 4.3 O giro institucional proposto: a centralidade da advocacia pública municipal na construção de municípios mais eficientes. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

O objetivo do presente estudo é debater a importância da dimensão institucional dos entes públicos municipais no federalismo brasileiro. A promoção do município a ente federativo pelo Constituinte originário não foi acompanhada de um compromisso institucional consistente. Para minimizar essa questão, sustenta-se que a advocacia pública local pode assumir uma função central para os gestores públicos, contribuindo para um melhor incremento das políticas públicas municipais. A relevância do debate municipalista pode ser identificada no pensamento dos autores federalistas, para quem um bom governo se efetivaria não pelo plexo de competências que enfeixa, mas pela capacidade de distribuição de competências entre organizações políticas inferiores. Como unidades federativas, os Municípios demandam intensa reflexão. Isso porque não basta só entregar competências a eles, como fez o Constituinte brasileiro, é preciso também desenvolver mecanismos institucionais capazes de bem promover essas obrigações, com planejamento e alcance de resultados.

**Palavras-chave:** Municípios. Advocacia Pública. Instituições.

\* Mestre em teoria do direito pelo PPGD/UFRJ, com ênfase em democracia, desenhos institucionais e estado administrativo. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/FND/UFRJ. Procurador municipal. E-mail: <danielmitidieri@yahoo.com.br>. <https://orcid.org/0000-0001-9378-6089>

\*\* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio. Professor Adjunto do Departamento de Direito do Estado da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Coordenador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/FND/UFRJ. <bolonhacarlos@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0003-3853-1723>

## 1 INTRODUÇÃO

O texto que ora se apresenta tem a finalidade de debater a importância da dimensão institucional dos entes públicos municipais no federalismo brasileiro. Isso contribui para incluir a questão municipalista no centro das discussões a respeito do aprimoramento da qualidade de políticas públicas diretamente associadas ao dia a dia do cidadão. A propósito, instituições importam. Elas fazem a diferença, não apenas no jogo político, mas também em termos de segurança, prosperidade e eficiência para as sociedades nas quais se encontram efetivamente constituídas. Nada mais apropriado, então, que estender a discussão ao âmbito das esferas de poder local.

A efetivação de direitos sociais depende de um trabalho prático que supere o binômio permissão/proibição do direito, passando a assimilar mecanismos de incentivos<sup>1</sup> e compensação, de modo a garantir que os programas levados aos destinatários do serviço público tenham utilidade real. Contudo, a formatação de tais mecanismos, mediante prognoses e empiria, exige instituições capacitadas. Em âmbito municipal, instituições capacitadas ainda são uma realidade limitada, especialmente pela característica heterogênea que marcam, sobretudo em termos fiscais, o municipalismo brasileiro. O investimento em excelência administrativa nos municípios é modesto. Seja como for, antes de a realidade representar um desestímulo à reflexão sobre a importância da dimensão institucional dos municípios, é possível defender um epicentro institucional de apoio à melhoria das gestões públicas comunais (BRASIL, 2015).

Pela leitura da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), percebe-se que os municípios foram desenhados pelo Constituinte sem poder judiciário, sem ministério público e sem advocacia pública. Os municípios também não possuem instituições policiais nem defensoria pública. Não há previsão de órgão interno controlador de contas, embora o Constituinte tenha previsto um rol importante de gastos municipais. De fato, a única instituição prevista para os municípios é a guarda municipal, conforme dicção do artigo 144, §8º, da CRFB. Não se deve olvidar que, desde 1988, ficou proibida a criação de novos tribunais de contas locais, ressalvada a manutenção daqueles já existentes. Portanto, nos municípios, as instituições constitucionais típicas são apenas o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Ante essa perspectiva institucional minimalista conferida aos municípios, por onde começar um debate que leve a sério sua dimensão orgânica, apta a entregar políticas públicas de qualidade? A hipótese do artigo é o fato de que essa baixa dimensão pode ser contornada a partir do aprimoramento e da releitura do papel da advocacia pública no contexto das políticas públicas locais. A ideia é que todos os municípios possam instituir seus advogados públicos, de forma a resolver não apenas questões contenciosas da administração municipal, mas também promover ações governamentais eficientes dentro da juridicidade exigida pelo Estado de Direito.

A advocacia pública local pode ser um elemento catalisador de competências administrativas outorgadas pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) aos entes públicos municipais.

A tarefa, porém, não é exatamente singela. Ao contrário da advocacia pública da União, dos estados e do DF, a advocacia pública dos municípios não consta expressamente do texto constitucional. Assim, conceber a centralidade de um órgão facultativo à luz da leitura literal da Constituição exige um grande desafio, pois muitos gestores relutam em constituir procuradorias municipais republicanas, optando pelo recrutamento de advogados privados temporários sem concurso, ou, muitas vezes, sem licitação.<sup>2</sup>

Mesmo com tantas incertezas, a advocacia pública municipal pode apresentar uma vantagem: ela não é um órgão sujeito à reserva constitucional, como acontece com o judiciário, com os tribunais de contas e, até mesmo, com as defensorias públicas. Nesse sentido, embora exista um silêncio da Constituição quanto à obrigatoriedade de os municípios constituírem seus órgãos de advocacia pública, o direito brasileiro não impede sua institucionalização por legislação infraconstitucional. A sujeição da Administração Pública ao princípio da legalidade e a previsão de um amplo acesso à Justiça acabam, implicitamente, permitindo que os municípios tenham seu próprio corpo de procuradores, ainda que sem disciplina formalmente constitucional.

Portanto, o interesse do presente trabalho é abordar a dimensão de um órgão jurídico próprio não apenas na defesa em Juízo das causas em que a municipalidade seja demandada ou na busca de recuperação de créditos fiscais inadimplidos, mas no que se refere ao conhecimento de tecnologia jurídica, fator que pode ser muito bem empregado na melhoria da qualidade de políticas públicas formatadas por gestores eleitos. Destarte, é imprescindível discutir municípios a partir de um giro institucional, a fim de que as ações locais possam ganhar futuramente mais consistência prática em relação ao que vem sendo produzido atualmente.<sup>3</sup>

## 2 A COMPLEXIDADE FEDERATIVA BRASILEIRA E O PAPEL DOS MUNICÍPIOS

A forma de Estado Federal é comum em países com amplas dimensões territoriais. A partir da distribuição espacial do poder político, seria possível melhor equalizar a gestão do interesse público e a entrega de serviços essenciais à população. Isso porque territórios extensos envolvem algum tipo de diversidade. Em um país com extensões de terra muito significativas, um poder único e central seria inconveniente, sobretudo em função das peculiaridades que cada parcela das regiões encarta. Assim, o federalismo funciona em prol de uma melhor gestão de interesses territorialmente distribuídos, incluindo direitos em vez de excluí-los.

No caso brasileiro, o Constituinte de 1988 foi além e inovou no marco institucional federalista. Ao contrário de outros Estados federais, os municípios do Brasil foram alçados à qualidade de Entes federativos. De tal modo, além da União Federal e dos estados-membros, a federação brasileira passou a reconhecer ampla autonomia política aos municípios. O artigo inaugural da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) é categórico quando afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e

do Distrito Federal.

Autorizadas vozes do direito (SILVA, 2006), entretanto, relutam em chancelar essa compreensão do texto constitucional brasileiro. Para a dissidência teórica, o Estado federal é marcado pela participação das entidades federadas na formação da vontade nacional. A existência de um Senado Federal é concebida justamente para congregar um foro de discussão sobre aspectos federativos. Como os municípios não têm assento no Senado Federal brasileiro, seria incongruente sustentar a existência de um membro da federação sem tal voz ativa. Ademais, as municipalidades não possuem sistema de Justiça próprio e não atraem a competência originária do STF em casos nos quais a existência de quebra do pacto federativo seja levantada.

Não obstante esses destaques, não é sustentável defender que os municípios não sejam Entes federativos só porque o desenho institucional a eles atribuído não é exatamente o mesmo dos estados-membros. O que marca o aspecto federativo brasileiro é o poder de autogoverno acoplado às autonomias administrativas, organizacional e financeira das Entidades politicamente descentralizadas. A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) entrega essas autonomias ao poder público local<sup>4</sup>. Ocorre que, dadas as peculiaridades do território brasileiro, a federação é marcada pela heterogeneidade. De qualquer forma, o princípio da subsidiariedade,<sup>5</sup> o qual legitima a descentralização territorial do poder por meio de entidades que elegem seus dirigentes e recolhem tributos diretamente da população, inspirou inegavelmente o Constituinte de 1988.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) não foi apenas genérica ao entregar a gestão do interesse local aos municípios. Toda a carta desenha responsabilidades específicas para os entes municipais. O artigo 1º já determina, implicitamente, que compete aos municípios, pelo simples fato de integrarem a federação brasileira, respeitar a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ademais, são alguns dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º da CRFB), dos quais as municipalidades também não se podem distanciar: a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Além disso, o artigo 23 do texto constitucional combina esforços de todos os entes federados em torno da guarda da Constituição, da proteção do meio ambiente, do combate às causas da pobreza e dos fatores de marginalização, entre outros. Para evitar dispersão de recursos e atentados contra a eficiência administrativa, com sobreposição de atuação, divide-se a responsabilidade pela gestão dessas políticas conforme o interesse correspondente a cada entidade federativa, mas nenhum ente pode renunciar a esses deveres. À União cabe a defesa de interesses nacionais, ao passo que aos estados-membros cabe a gestão regional e aos Municípios cabe a defesa daquilo que tiver aderência com seu interesse local (BRASIL, 1988).

Finalmente, o artigo 30 da Constituição determina que aos Municípios, entre outras atribuições, cabe instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos

fixados em lei; organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (BRASIL, 1988).

Tais atribuições não se encerram na Constituição, mas também são esmiuçadas na legislação infraconstitucional, até como forma de evitar conflito de competência entre a União e os estados-membros, já que muitas responsabilidades acabam sendo concorrentes. São dois grandes exemplos de legislação que define poderes municipais gerais, sem prejuízo de outros: o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 2001 (BRASIL, 2001), e a Lei Complementar 140, de 2011 (BRASIL, 2011). Sem se distanciar das balizas impostas pela União, os municípios podem editar leis locais para seus órgãos administrativos bem executarem esses programas normativos, construindo um verdadeiro condomínio legislativo.

O Estatuto da Cidade,<sup>6</sup> por exemplo, regulamenta instrumentos variados de política urbana, objetivando assegurar a função social da propriedade; por sua vez, a Lei Complementar nº 140, de 2011 (BRASIL, 2011), fixa normas para a cooperação entre a União, os estados-membros, o DF e os municípios em ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum sobre proteção das paisagens naturais notáveis, proteção do meio ambiente, combate à poluição em qualquer de suas formas e preservação das florestas, da fauna e da flora. A LC 140 define ainda como atividades administrativas do município, entre outras, controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei.

Como se pode perceber, os municípios possuem papel destacado dentro da República brasileira, o que os consagra como verdadeiros entes federativos. O fato de não contarem com Poder Judiciário próprio e demais prerrogativas conferidas à União e aos estados-membros não os desnaturam como integrantes da federação. Assim, a questão não é mais discutir se o município é ou não ente federativo, mas como pode ser um ente federativo institucionalmente mais incrementado. As grandes produções normativas brasileiras ainda provêm da União, o que até acaba enfraquecendo o federalismo brasileiro como um todo. Ao contrário dos Estados Unidos da América, que asseguram ampla autonomia a seus estados-membros, no Brasil, a União ainda é a grande idealizadora da cena pública. Contudo, fortalecer os municípios caminha no sentido de justamente equalizar o papel de tais entes no arranjo federativo nacional.

### 3 A AINDA BAIXA DIMENSÃO INSTITUCIONAL DAS MUNICIPALIDADES

O problema da questão municipal não é, conforme foi demonstrado acima, de índole normativa. Para além de compreensões ortodoxas sobre o Estado Federal, o fato é que o Constituinte não foi econômico ao outorgar competências, metas e objetivos aos municípios brasileiros. Além disso, diplomas legais explicitadores de normas jurídicas constitucionais são pródigos em atribuir às municipalidades toda sorte de encargos.

Normalmente, o debate levantado sobre o descompasso existente entre realidade normativa e capacidade de realização dos municípios toca ao aspecto financeiro. A União Federal é a unidade político-administrativa com maior concentração de recursos provenientes da arrecadação nacional, o que redundava em fatia menor do orçamento para estados e municípios. Conquanto a questão fiscal seja relevante, já que sem ativos financeiros nenhum projeto pode ser executado, é preciso destacar um aspecto até então negligenciado pelos pesquisadores do direito, o qual inclusive tem reflexos econômicos no quesito desperdício de recursos públicos. Faltou ao texto constitucional de 1988 disciplinar a criação de instituições propriamente municipais, dotadas de capacidade operacional para bem efetivar comandos legais.

Ao contrário dos estados e da União, os municípios possuem poucas instituições próprias no texto constitucional, sendo reduzidos apenas às instituições de representação política, como o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Essa omissão institucional se revela de forma ainda mais perversa quando faltam incentivos para os municípios criarem suas instituições de defesa do interesse local. A criação da advocacia pública, da administração fazendária e dos órgãos municipais de proteção e defesa do meio ambiente, tudo com autonomia técnica, não é estimulada por uma política nacional efetiva. A discrepância entre cada município em matéria de estrutura está diretamente relacionada à falta de um compromisso uniformizador, jogando à média dos municípios brasileiros para baixo em termos de institucionalização. As elites políticas locais dão pistas de que não possuem incentivos para incrementar a burocracia municipal.

Nesse ponto, o Constituinte originário buscou proteger ao máximo a autonomia municipal (MENDES; BRANCO, 2015), evitando se imiscuir, detalhadamente, na gestão operacional dos municípios. Contudo, o projeto constitucional brasileiro, ao mesmo tempo em que se preocupou com a autogestão, acabou negligenciando as necessidades de se incentivar a criação de órgãos e agências municipais com capacidades de empreender projetos emancipatórios da Carta de 1988. Enquanto a Constituição brasileira de 1988 foi altamente analítica com o Sistema Tributário Nacional, com a Administração Pública e com os direitos previdenciários dos servidores, por exemplo, com os municípios, por sua vez, o regramento foi deveras sucinto. A grande preocupação do Constituinte foi com a quantidade de vereadores nas Câmaras municipais e com seus respectivos parâmetros remuneratórios.

Ora, essa baixa densidade institucional dos municípios impacta a realidade local. Até hoje, há déficit de concurso público para atividades fins de inúmeras cidades brasileiras, predominando contratações informais; há extrema concentração de poder na figura do prefeito; e a Câmara de Vereadores exerce um papel meramente protocolar, já que a competência para iniciar projetos de leis relevantes recai sobre a esfera do Poder Executivo municipal por meio do instituto da iniciativa privativa no processo legislativo.

Além disso, existe uma impossibilidade de fiscalização adequada das atividades administrativas por órgãos de controle externo, pois são eles de outras esferas de poder (Estadual e Federal), acumulando trabalho, o que os obriga a selecionar apenas o que reputam rele-

vante. Ademais, a ausência de previsão constitucional expressa sobre criação de órgãos de controle interno, tanto de legalidade quanto de legitimidade e economicidade, dificulta a sadia aplicação de recursos públicos em muitos municípios. O único exemplo indutivo de comportamento institucional foi criado pelo legislador nacional por ocasião da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal. O parágrafo único do artigo 11 da LRF<sup>7</sup> diz que é vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não efetivamente criar e arrecadar impostos de sua competência.

Ou seja, a mera previsão constitucional de competências e atribuições normativas não garante, por si só, que os governos sejam capazes de usar esse instrumental de forma efetiva. Distribuir tarefas sem dizer como será minimamente a estrutura que irá realizá-las é arriscado. Para superar o espaço vazio entre as prescrições legais e a necessária ação política, instituições capacitadas são exigidas. Só assim será possível operacionalizar todas as competências constitucionais outorgadas e torná-las uma realidade concreta. Porém, não basta a criação de instituições sem estrutura, sem corpo técnico, sem desenho institucional capaz de articular as políticas com o gestor. A criação de feudos eleitorais de nada serve aos ganhos incrementais que instituições podem proporcionar.

Autores norte-americanos reconhecem que a história da relação entre a Constituição e a política daquele país foi justamente a história de como o espaço entre elas foi sendo preenchido por instituições que se reivindicavam com capacidade de atuação nos segmentos operacionais de Estado (GRIFFIN, 1996). O vácuo no texto constitucional brasileiro sobre a importância de instituições municipais tem consequências. Por exemplo, um estudo no âmbito do Ministério da Justiça,<sup>8</sup> cujo objetivo fora compreender o motivo pelo qual a aplicação de instrumentos de política urbana ainda é timidamente levada a efeito pelas cidades, concluiu que a complexidade da legislação brasileira, aliada à baixa capacidade institucional das prefeituras, simplesmente inviabiliza qualquer política eficiente de controle da especulação imobiliária e dos vazios urbanos. A falta de uma dimensão institucional não permite tirar da dimensão normativa os compromissos assumidos em torno da função social da propriedade.<sup>9</sup>

Ora, desenvolvimento urbano, proteção do meio ambiente, infraestrutura de transporte, cultura, educação inclusiva, nada disso será efetivado mediante normas jurídicas, sobretudo as configuradas por meio do binômio permissão/proibição, típico do modelo de Estado liberal. Mesmo que o mercado seja convocado a participar em conjunto com o Estado na promoção de políticas públicas, mediante termos de parcerias e contratos de concessão, ainda assim todo um mecanismo regulatório será exigido. A exigência de capacidade técnica decorre da necessidade de formatar bons editais de licitação, de fiscalizar o cumprimento das metas e da própria prestação e julgamento de contas. Ou seja, o interesse público depende de uma inafastável processualidade administrativa, que só se concretiza dentro de um ambiente institucionalmente adequado.

Tendo em vista essa necessidade de decodificar os comandos legais em procedimentos, de modo a viabilizar concretamente a dimensão normativa do direito, é imprescindível que se

estruture nos municípios, pelo menos, corpos técnicos de profissionais com expertise jurídica. O objetivo não é diminuir a importância de outros componentes institucionais relevantes ou defender bandeira corporativa. Muito ao contrário. A ideia é fortalecer os mecanismos de interpretação e aplicação do direito, sem prejuízo do controle de legalidade, preservando a integridade jurídica tanto da cidadania quanto do gestor democraticamente eleito pelo voto. A institucionalização de procuradorias em todos os municípios brasileiros pode ser um passo relevante para diminuir a baixa dimensão institucional desses entes locais.

#### **4 ACENTRALIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA UM GIRO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS: UMA PROPOSTA**

Primeiramente, é preciso assentar as premissas até então trabalhadas. Os municípios são entes federativos, nos termos da Constituição de 1988. Como parte integrante da federação brasileira, a ordem jurídica entrega ao poder público local uma série de competências tanto legislativas quanto administrativas. Contudo, a ainda baixa dimensão institucional dos municípios impede uma adequada realização de comandos legais e constitucionais, o que afeta a realização do interesse público, gera gastos de recursos financeiros e joga em descrédito a ação governamental.

A saída para esse impasse entre normatividade e realidade institucional não se resume a alocar mais recursos financeiros para as prefeituras. Embora a questão fiscal tenha relevo, é importante pensar em incrementar instituições tipicamente locais, até mesmo como forma de evitar desperdícios e pressões políticas para o mau emprego dos recursos públicos. Enfim, não há fórmula mágica. É preciso começar de algum lugar. E uma importante institucionalização, capaz de contribuir para o incremento do controle de legalidade e o melhoramento na efetivação de políticas públicas, é a criação de uma advocacia pública profissional nos municípios.

##### **4.1 ASPECTOS TEÓRICOS DA PROPOSTA**

A Administração Pública toma decisões todos os dias (BUCCI, 2013). O plexo de competências que ela reúne e as demandas que lhe são formuladas exigem interpretação da legislação vigente por parte dos inúmeros agentes incumbidos da gestão pública. Mesmo assim, a Constituição de 1988 não desenha um modelo a respeito de como essas decisões serão efetivadas no interior do Estado-Administração. Com efeito, o texto constitucional disciplina analiticamente questões envolvendo servidor público, concurso público, remuneração e aposentadoria no regime próprio de previdência social, mas não sinaliza qualquer forma de decisão no interior do Estado brasileiro.

Por outro lado, a teoria do direito no Brasil ainda tem-se ocupado pouco de questões relativas ao Estado administrativo. Basicamente, o enfoque do estudo jurídico envolve jurisdição constitucional<sup>10</sup> e teorias de direitos fundamentais (BOLONHA; SOUZA, 2013).

Diante disso, teóricos desenvolveram uma crítica dirigida a diversas propostas interpretativas (normativas), justamente pelo fato de elas não concentrarem esforços em um aspecto essencial, qual seja, a definição de quem estaria em melhores condições institucionais de fornecer respostas para casos controvertidos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002). A crítica aos modelos de interpretação do direito procurava evidenciar que as teorias hermenêuticas acabam por concentrar suas atenções em uma imagem idealizada do Judiciário e, de outra parte, em uma projeção muito negativa do Executivo.

Uma forma de mitigar essa visão estigmatizada do Executivo e da Administração Pública passa por fortalecer o aparato institucional dos órgãos de execução (WALDRON, 2016). Como se sabe, a administração atua conforme o princípio da oficialidade, possui autoexecutoriedade e gere a política de acordo com um plano de governo sujeito ao escrutínio periódico das urnas. Defender o fortalecimento institucional da máquina pública não significa defender hipertrofia do quadro de servidores, tampouco desmedida intervenção do Estado na vida do cidadão. Significa aprimorar os mecanismos decisórios dentro do aparato organizativo do Estado. Para tanto, é preciso instituições adequadas.

A “guinada institucionalista” não foi acompanhada pelas teorias hermenêuticas, além de não ter sido realizada por completo no constitucionalismo contemporâneo. Para autores institucionalistas, temas como o controle de constitucionalidade possuem um amplo retrospecto de cegueira institucional. Desde sua fundação, com *Marbury v. Madison* (1803), o controle de constitucionalidade é um instituto que presta pouca atenção para questões institucionais, ao ignorar os riscos dos erros advindos do Judiciário e de suas respectivas consequências. A conclusão de que é um dever do domínio do Judiciário dizer o que é o Direito, com fulcro na cláusula da supremacia da jurisdição, está amparada por inferências textuais e estruturais fracas, dependendo qualquer avaliação sobre tais argumentos de considerações institucionais (CLÈVE; LORENZZETO, 2016).

Portanto, os órgãos de advocacia pública podem ocupar maior papel nesse cenário. A aposta decorre do fato de que eles possuem proximidade com a realidade e, portanto, ostentam melhor posição institucional para avaliar situações concretas, as quais outros profissionais *ad hoc* da advocacia não teriam. Nesse sentido, a advocacia pública local poderia promover maior consistência e credibilidade na interpretação interna do direito pelas municipalidades. A proposta deste artigo é contribuir para a superação da posição de fragilidade que muitos organismos administrativos locais se encontram em função de uma cegueira institucional.

#### 4.2 INSTITUINDO A ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

A baixa dimensão institucional dos municípios, com exceção de algumas capitais de estados membro e cidades mais desenvolvidas economicamente, não deve servir para desacreditar o projeto municipalista tal como configurado em 1988. Pelo contrário, a baixa institucionalidade nos municípios pode ser trabalhada, quer do ponto de vista econômico,

quer do ponto de vista político, com o mínimo de trauma possível. A proposta equalizadora consiste na institucionalização de órgãos de advocacia pública em todos os municípios brasileiros, independentemente de tamanho ou capacidade financeira, eis que pelas próprias características do Estado de Direito é inconcebível um ente estatal esvaziado em sua dimensão de organização jurídica.<sup>11</sup>

Os juristas brasileiros têm grande influência no modo como políticas públicas são moldadas, ajustadas e implementadas (na qualidade de legisladores, juízes e burocratas, respectivamente). De igual modo, é preciso reconhecer que são também importantes as habilidades que lhes permitam conhecê-las em suas peculiaridades setoriais. Particularmente negligenciada pelo Constituinte brasileiro, a advocacia pública municipal pode assumir o papel de coordenadora e articuladora na modelagem institucional necessária à implementação de políticas públicas de âmbito local. No entanto, surge uma dúvida: como fazer isso sem previsão constitucional expressa?

Embora a redação original da Constituição não contemple, expressamente, a previsão de procuradores municipais, isso não significa que os municípios estejam proibidos de constituírem suas próprias procuradorias à semelhança do modelo previsto para as procuradorias estaduais e até mesmo conforme o modelo adotado para a Advocacia-Geral da União. Essa possibilidade já facilita o discurso de aperfeiçoamento institucional das municipalidades, pois a ausência de previsão de procuradores municipais no texto constitucional não representa vedação à sua criação. Dessa forma, não há óbice jurídico. Inclusive, inúmeras cidades e capitais possuem já seu corpo de procuradores há mais de 30 anos.<sup>12</sup>

Ademais, a possibilidade de uma advocacia pública ser constituída independe de recorte financeiro. Como a Constituição é silente a respeito dos procuradores municipais, a remuneração desse corpo de servidores está sujeita às regras de capacidade econômica de cada realidade local. O que não é possível é cogitar que um dado território possa ter autonomia política, organizacional, administrativa e financeira, com prefeito e Câmara Municipal, mas não deva ter um órgão jurídico profissional, para servir de suporte ao controle de legalidade desses agentes, até como mecanismo de prevenção democrática. Um gestor sem apoio jurídico ou com apoio jurídico deficiente corre muitos riscos de sofrer ações judiciais e, com isso, comprometer seu projeto político. Então, a inerência federativa da advocacia pública é patente e independe do porte financeiro da referida unidade.

Cabe o registro de que a advocacia pública local, como o próprio nome já indica, deve ser estatal. Isto é, seus membros devem ser recrutados via concurso público de provas e títulos condizentes com a complexidade do cargo. Não é possível uma advocacia pública recrutada no estrito interesse do gestor, estando submetida ao poder discricionário de livre nomeação e exoneração do chefe do executivo. Caso contrário, o órgão jurídico municipal não passaria de um mero verniz de legalidade. A independência técnica é fundamental para um trabalho de consultoria jurídica efetiva, e não há independência técnica possível se o advogado do ente governamental ocupar a função pública de forma precária.

A permanência, a independência técnica e a necessidade de memória das ações governamentais não combinam com contratação de escritórios terceirizados. A boa aplicação da lei e a conformação dos atos públicos ao direito não podem ser concebidas como uma atividade meio, passível de delegação contratual perante terceiros. A atividade jurídica do Estado, seja ele de que tamanho for, é sempre fim, não comportando terceirização a escritórios cujo trabalho estará, necessariamente, sujeito a prazo de duração do contrato administrativo.

Assentada a necessidade de um corpo próprio de procuradores, é chegado o momento de debater como as procuradorias dos municípios podem elevar as capacidades locais e efetivar a autonomia municipal. A título de pura cautela, deve-se insistir em um ponto. A premissa do artigo é que a baixa dimensão institucional dos municípios é uma realidade decorrente da Constituição, é sentida na prática como um entrave e, por isso, configura um problema. Sem dimensão institucional, é difícil efetivar, com segurança jurídica e eficiência, todo o arcabouço obrigacional ao encargo dos Municípios. Mesmo assim, há saída. A construção de um projeto municipalista mais efetivo pode começar pela constituição de um órgão jurídico próprio, técnico e autônomo, o que não tem qualquer objeção de índole procedimental.

#### 4.3 O GIRO INSTITUCIONAL PROPOSTO: A CENTRALIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL NA CONSTRUÇÃO DE MUNICÍPIOS MAIS EFICIENTES

O ordenamento jurídico, desde 1988, deu dois passos fundamentais em relação aos municípios brasileiros e à consagração da ideia de subsidiariedade da gestão pública. O primeiro passo consistiu na transformação das municipalidades em verdadeiros entes federativos. De tal forma, assegurou-se à população das cidades a possibilidade de, periodicamente, eleger seus prefeitos, seus vereadores e administrar, de acordo com as prioridades locais, seu orçamento e seus próprios projetos. O segundo passo foi entregar responsabilidades legais a esses entes, a fim de que pudessem concretizar de maneira satisfatória os objetivos do Constituinte, que dividiu a gestão do interesse público conforme a abrangência das unidades federadas (à União coube o interesse geral, aos Estados, o regional, e aos Municípios, o local).

Contudo, passadas quase três décadas do empreendimento municipalista, constata-se que faltou ao ordenamento jurídico brasileiro dar o terceiro passo: consolidar um núcleo institucional mínimo para que todas as cidades possam reunir capacidades institucionais para melhor desenvolver o projeto constitucional. Esse passo carente é representado, entre outras coisas, pela omissão quanto à necessidade de os municípios constituírem seus órgãos jurídicos próprios. É verdade que muitas cidades já contam com suas procuradorias, mas a grande massa de municípios no Brasil ainda é carente de um sistema jurídico estatal devidamente organizado.

Mas por que a insistência em um sistema jurídico específico, próprio de cada município? A resposta é simples. Não se sustenta, atualmente, a ideia de que as ações governamentais sejam realizadas por meio de puros atos administrativos. A teoria dos atos administrativos,

embora ainda tenha valor e utilidade em temas ligados à nomeação de servidor público e à autorização de uso de bem público, deixa de atender às necessidades do Estado Democrático de Direito quando em jogo formulação de políticas de larga escala, ações preventivas de combate ao câncer, planejamento urbano, combate ao déficit habitacional e controle de poluição ambiental. Sabe-se que a construção desse perfil de projeto não comporta medidas unilaterais e destituídas de uma processualidade interna mínima. Essa processualidade vai envolver uma série de atividades, todas elas sujeitas aos princípios do devido processo legal.

Não é possível sustentar em face do Poder Judiciário, diante de alguma provocação na Justiça, gerada por alguma insatisfação com o resultado alcançado pelo agir administrativo, que as escolhas do braço governamental decorram de instituições capacitadas sem que o formulador da ação estatal seja realmente institucionalmente capacitado. Se a análise jurídica da política pública for levada ao processo jurisdicional, as chances de manutenção do programa vão depender da qualidade de como ele foi planejado e executado. Apesar do atual Código de Processo Civil ampliar as hipóteses de cooperação processual, o raciocínio jurídico nesse foro de discussão ainda apresenta um elevado preconceito em face das ações da Administração Pública.

Por isso, é muito importante que, independentemente da natureza da política, haja a presença de uma equipe jurídica em cada etapa do projeto em desenvolvimento, de modo a assessorar as autoridades de acordo com as exigências do Estado de Direito, sobretudo procedimentais, como a abertura de espaços destinados ao exercício do contraditório social, o compromisso com a legislação orçamentária e a publicidade das formas jurídicas. Ora, política pública envolve um conjunto de decisões e ações relativas à alocação de valores financeiros e morais, tudo como forma de expressão do compromisso público de atuação de longo prazo. A consistência de cada uma dessas ações só ganha em densidade se houver um apoio de legalidade/legitimidade do órgão capacitado institucionalmente para promover segurança entre os planejadores. Não é possível pensar em deferência judicial aos comportamentos da Administração Pública sem que ela tenha deferência ao Estado de Direito. Essa deferência só vai ocorrer se internamente as administrações incrementarem seus órgãos de controle de juridicidade.

Debatendo a respeito da Advocacia-Geral da União, pesquisadores chamam atenção para o fato de que o chefe do Poder Executivo (Presidente da República) é, simultaneamente, o titular de três funções estatais: a chefia de governo, a chefia de Estado e a chefia da Administração Pública (MACEDO, 2009). Estando todas essas funções reunidas no plexo funcional denominado “Poder Executivo”, a especialização funcional é vítima de uma excessiva politização do aparelho burocrático.

Nesse contexto, agentes públicos nomeados com base em critérios predominantemente políticos passam a ocupar postos estratégicos no aparelho administrativo do Estado, sem qualquer intuito incremental, causando prejuízo à profissionalização do serviço público (a qual é verdadeiramente garantida quando a escolha dos profissionais que integram a Adminis-

tração se faz com base em critérios técnicos, de natureza objetiva). É justamente por objetivar garantir a aplicação dos princípios da legalidade e da legitimidade que a consultoria jurídica desempenhada pela advocacia pública se caracteriza como uma verdadeira função de controle no processo político democrático.

Deve-se também destacar que a atividade de consultoria jurídica exercida pela advocacia pública possui, além dos objetivos já mencionados, uma finalidade nitidamente preventiva. Ela impede que políticas formuladas venham a ser, na posterior fase de implementação, questionadas judicial ou extrajudicialmente, por serem consideradas contrárias ao ordenamento jurídico, à impessoalidade administrativa ou a outros valores consagrados pelo regime democrático.

É necessário, pois, que os entes municipais criem, à semelhança da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias-Gerais dos Estados membros, seus próprios órgãos jurídicos estatais. O tema relacionado ao agir administrativo envolve a probidade da Administração Pública, a qualidade dos gastos e a própria sustentabilidade da democracia. Com um corpo de profissionais do direito concursado, é possível iniciar, em âmbito municipal, discussões viáveis sobre capacidades institucionais. A elevada politização da máquina pública derrete, diante do Poder Judiciário, qualquer credibilidade em argumentos empreendidos pelo gestor público, ainda que bem intencionados.

Critérios subjetivos de recrutamento e compromissos unicamente partidários daqueles que executam a atividade administrativa reduzem a credibilidade de uma Administração carente de bons quadros (ZOCKUN, 2012). Afinal, nem sempre o mérito técnico é o critério de escolha utilizado pelas indicações políticas. Hoje, em muitos municípios, o concurso público não é praticado para cargos de advogados públicos, comprometendo o bom desempenho das políticas locais e retardando o avanço institucional local.

Um Estado administrativo mais eficiente passa pela profissionalização dos municípios, sobretudo de seu sistema jurídico. O ideal seria que toda a Administração Pública fosse recrutada de forma ótima, com profissionais sujeitos a um plano de carreira e a remuneração condizente com a complexidade de suas funções, a fim de executar a enormidade de tarefas outorgadas pela Constituição.

Contudo, se o cenário ideal tem suas limitações no plano concreto, é possível pensar em um cenário intermediário. Tal cenário consiste em edificar dentro dos municípios, especialmente nos retardatários, sistemas jurídicos compostos por advogados públicos que exerçam o controle de juridicidade dos atos estatais, contribuindo para empreender projetos de utilidade social. Isso seria um passo importante na melhoria da dimensão institucional desse ainda jovem ente federativo criado pelo Constituinte de 1988. A advocacia pública não representa um órgão messiânico, mas pode contribuir para concretizar um Estado de Direito Democrático mais eficiente.

## 5 CONCLUSÃO

O artigo buscou debater a baixa densidade institucional dos municípios brasileiros. Reflexo de uma heterogeneidade identificada no plano econômico, inúmeros municípios ainda não conseguiram desenvolver boas estruturas administrativas para empreender suas obrigações, tudo ao argumento de baixa autonomia no campo fiscal. Além disso, o próprio texto constitucional de 1988 é minimalista quanto a esse aspecto. De fato, a Constituição apresenta baixos mecanismos de incentivo ao aprimoramento institucional dos entes municipais, reduzindo as instituições locais a dois poderes políticos: o executivo e o legislativo.

Nada obstante a delicada questão de disponibilidade financeira, o texto da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), quando trata dos municípios, entrega a esses, sem critérios de distinção, responsabilidades no plano da educação, da saúde, do meio ambiente, do transporte público etc. A legislação infraconstitucional disciplina questões tributárias, financeiras e urbanísticas, as quais devem ser seguidas pelas administrações locais. Nesse sentido, a concretização prática desse plexo de responsabilidades não se resolve por meio de teorias interpretativas do direito. Tampouco tais teorias respondem como em um território heterogêneo e plural – como o brasileiro –, a lei encontra um denominador comum para sua aplicação. Na verdade, as teorias interpretativistas do direito ignoram que a efetivação de direitos fundamentais, muitas vezes, não se sujeita ao binômio proibição/permissão do direito, dependendo de uma construção administrativa de limites e possibilidades.

A tese do artigo sustenta que a concretização no plano fático das normas jurídicas, sob responsabilidade dos Municípios, depende minimamente de um componente institucional. A ideia dessa dimensão institucional está atrelada à busca de eficiência no agir administrativo, que não comporta gastos irresponsáveis e ações que impactem o tecido social sem análise de custo/benefício. Por outro lado, exortar para que mais de cinco mil Municípios, ou pelo menos os mais rudimentares, sejam chamados à realidade, tornaria o texto um manifesto e não um debate jurídico. A esse respeito, a ideia aqui debatida passa pela uniformização dos órgãos jurídicos de cada municipalidade.

A institucionalização de advocacia pública, em todos os municípios, já foi aprovada pela Câmara dos Deputados, aguardando agora apenas deliberação e votação no Senado Federal. A efetivação de órgãos jurídicos em todas essas entidades, à semelhança do modelo dos estados-membros e da AGU, independe de aspectos fiscais significativos. Um empreendimento municipal, por menor que seja, não pode desenvolver suas atividades sem estrutura jurídica própria. Trata-se de um corolário lógico do regime republicano brasileiro, no qual a coisa pública não está sujeita à ampla disponibilidade das autoridades eleitas pelo voto.

A partir da institucionalização desses órgãos de competência consultiva e representativa no campo do direito, é preciso ainda enxergá-los como centrais na condução das políticas de governo, e não como órgãos a serem acionados apenas nos casos de litígio judicial. Não é possível hoje uma boa execução de políticas públicas sem um controle prévio de conformação

da vontade do gestor com a ordem jurídica democrática. A existência desse diálogo interno fortalece os argumentos de capacidades institucionais, assegurando a credibilidade da construção de modelos locais de distribuição e a efetivação de direitos. Com isso, evita-se uma exagerada intromissão do poder judiciário em assuntos sujeitos à competência administrativa.

## THE CONTRIBUTION OF THE LOCAL PUBLIC ADVOCACY TO THE OVERCOMING OF THE LOW INSTITUTIONAL DIMENSION OF THE BRAZILIAN MUNICIPALITIES

### ABSTRACT

The goal of this study is to discuss the importance of the institutional dimension of the local public entities in the Brazilian federalism. The promotion of the municipality to a federative entity by the original Constituent Assembly was not followed by a consistent institutional commitment. To minimize this issue, it is claimed that the Local Public Advocacy can assume a central role for public managers, contributing to an improvement on the local public policies. The relevance of the municipality debate can be identified in the thinking of federalist authors, for whom a good government would be effective not by the plexus of competencies that it encloses, but by the capacity of distributing competencies among lower political organizations. As federal units, the municipalities require intense reflection. However, it is not enough to deliver them only competencies, as the Brazilian Constituent Assembly did, it is also necessary to develop institutional mechanisms capable of promoting these obligations very well, with planning and achieving results.

**Keywords:** Municipalities. Public Advocacy. Institutions.

## LA CONTRIBUCIÓN DE LA ABOGACÍA PÚBLICA LOCAL PARA LA SUPERACIÓN DE LA BAJA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LOS MUNICIPIOS BRASILEÑOS

### RESUMEN

El objetivo del presente estudio es debatir la importancia de la dimensión institucional de los entes públicos municipales en el federalismo brasileño. La promoción del municipio a ente federativo por el Constituyente originario no fue acompañada por un compromiso institucional consistente. Para minimizar esta cuestión, se sostiene que la abogacía pública local puede asumir una función central para los gestores públicos, contribuyendo a un mejor incremento de las políticas públicas municipales. La relevancia del debate municipalista puede ser identificada en el pensamiento de los autores federalistas, para quienes un buen gobierno se efectúa no por la red de competencias que encaja, sino por la capacidad de distribución

de competencias entre organizaciones políticas inferiores. Como unidades federativas, los Municipios demandan intensa reflexión. Esto es porque no basta entregar facultades a ellos, como lo hizo el Constituyente brasileño, es necesario también desarrollar mecanismos institucionales capaces de promover bien esas obligaciones, con planificación y alcance de resultados.

**Palabras clave:** Municipios. Abogacía Pública. Instituciones.

- 
- 1 “O uso da palavra *incentivos* intensificou-se consideravelmente na segunda metade do século XX, à medida que os mercados e a lógica de mercado aumentavam sua influência. De acordo com pesquisa efetuada no Google, a incidência do termo aumentou mais de 400% entre as décadas de 1940 e 1990. [...] Os incentivos [...] são intervenções que o economista (ou o gestor público) concebe, arquiteta e impõe ao mundo. São maneiras de conseguir que as pessoas percam peso, trabalhem mais ou poluam menos”. (SANDEL, 2012, p. 86).
  - 2 “As instituições definitivamente importam’ é o que dizem, de forma unânime, os estudiosos dedicados ao tema do desenvolvimento. Por causa disso, cada vez mais, os debates e controvérsias sobre reforma, evolução e aperfeiçoamento institucional têm sido projetados para o campo dos meios, isto é, para o estudo das formas e dos mecanismos pelos quais arranjos institucionais funcionais podem ser produzidos ou reproduzidos. Nesse cenário, os estudos realizados, quase sempre por economistas, procuram, com frequência, descrever casos de sucesso e de fracasso e, com isso, buscam identificar e analisar padrões, regularidades, inovações e variáveis institucionais. Esses estudos também têm se esforçado para criar *frameworks* e métodos de análise que possam ser replicados, dentro de certos limites, em outros contextos e circunstâncias. A maior parte desses estudos, contudo, não chega a aprofundar a análise das estruturas, dos processos e das normas jurídicas que moldam e conformam as instituições e influenciam, não raro de forma decisiva, seu desempenho. Como resultado disso, são raros – pelo menos no Brasil – os estudos de casos voltados à compreensão dos meios pelos quais o direito pode (direta e indiretamente) tanto fortalecer e catalisar, quanto debilitar e paralisar instituições e, por consequência, políticas públicas a ela associadas ou por ela implementadas.” (COUTINHO, 2011, p. 195).
  - 3 “O Supremo Tribunal Federal decidirá se Município que tem procuradoria jurídica pode contratar escritório de advocacia sem licitação. O recurso questiona decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou ilegal a contratação de uma banca por meio de dispensa de licitação.” (SUPREMO..., 2016, *online*).
  - 4 “O Ranking de Eficiência dos Municípios - Folha leva em conta indicadores de saúde, educação e saneamento para calcular a eficiência da gestão e apresenta dados de 5.281 municípios, ou 95% do total de 5.569. Numa escala de 0 a 1, só 24% das cidades ultrapassam 0,50 e, por isso, podem ser consideradas eficientes. Pesquisa nacional do Datafolha mostra que só 26% dos brasileiros aprovam a gestão de suas prefeituras. No topo do ranking está Cachoeira da Prata (MG), com 3.727 habitantes e heranças deixadas pelo passado industrial forte. Na rabeira, estão cidades do Norte, Centro-Oeste e o Rio Grande do Sul. O levantamento revela que, nos 5% menos eficientes, com índice de até 0,30, o funcionalismo cresceu 67% entre 2004 e 2014, em média. A população aumentou 12% no período. Em crise, os municípios espelham também alguns dos principais desafios do país, como o crescimento do gasto público, a dependência de verbas federais, a perda da dinâmica da indústria e a ascensão do agronegócio.” (CANZIAN, 2016, *online*).
  - 5 Exemplo prático relevante pode ser extraído da Súmula Vinculante do STF, verbete 38: “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”
  - 6 “Os poderes públicos só devem tomar medidas que assegurem o bem-estar de todos os cidadãos. Tendo em vista o bem comum da Nação, devem, pois, aplicar seus esforços constantes para promover, dentro do possível, o desenvolvimento simultâneo e harmônico da agricultura, da indústria e dos serviços, visando a que, nas zonas menos desenvolvidas, os cidadãos que se dedicam a atividades econômicas, sociais e culturais sintam-se os principais autores do progresso alcançado. A dignidade dos cidadãos exige que participem da condução de seus negócios.” (JOÃO XXIII, 1961, p. 238).

- 7 Art. 4º: Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
- I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
  - II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
  - III – planejamento municipal, em especial:
    - a) plano diretor;
    - b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
    - c) zoneamento ambiental;
    - d) plano plurianual;
    - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
    - f) gestão orçamentária participativa;
    - g) planos, programas e projetos setoriais;
    - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
  - IV – institutos tributários e financeiros:
    - a) Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU);
    - b) contribuição de melhoria;
    - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
  - V – institutos jurídicos e políticos:
    - a) desapropriação;
    - b) servidão administrativa;
    - c) limitações administrativas;
    - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
    - e) instituição de unidades de conservação;
    - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
    - g) concessão de direito real de uso;
    - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
    - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
    - j) usucapião especial de imóvel urbano;
    - l) direito de superfície;
    - m) direito de preempção;
    - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
    - o) transferência do direito de construir;
    - p) operações urbanas consorciadas;
    - q) regularização fundiária;
    - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e os grupos sociais menos favorecidos;
    - s) referendo popular e plebiscito;
    - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
    - u) legitimação de posse. (BRASIL, 2001, *online*).
- 8 É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos.
- 9 “Quanto ao PEUC, observou-se que não é tarefa simples. Pelo contrário, é complexa, posto que envolve muitos procedimentos administrativos, articulação institucional, produção de informação e construção de respostas, muitas vezes, em contextos de limitada capacidade administrativa.” (BRASIL, 2015, p. 104).
- 10 “A key element of the modern institution of judicial review that only developed over time is tge doctrine of judicial

supremacy, the Idea that the Supreme Court is the final authority in matters of constitutional interpretation.” (GRIFFIN, 1996, p. 91).

11 Tramita no Senado Federal a PEC 17/2012. Trata-se da etapa subsequente à aprovação, em dois turnos, da PEC 153/2003, oriunda da Câmara dos Deputados. Em síntese, a proposta de emenda à Constituição “altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.” Para maiores detalhes, acessar Brasil (2012, *online*).

12 Sobre o caso da Procuradoria do Município de Porto Alegre, conferir Nery e Prestes (2016).

## REFERÊNCIAS

BOLONHA, Carlos; SOUZA, Rafael Bezerra de. Teorias Jurídicas Contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, p. 162-183, jul.dez. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, 2012**. Altera o art. 132 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulação e aplicação**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): Ipea, 2015. (Série pensando o Direito 56).

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANZIAN, Fernando. Ranking inédito revela que só 24% das cidades são eficientes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 ago. 2016. Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/ranking-inedito-revela-que-so-24-das-cidades-sao-eficientes.shtml>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CLÈVE, Clémerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 19, p. 131-168, 2016.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARRIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). **A Política Pública como Campo Multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

JOÃO XXIII, Papa. **Encíclica Mater et Magistra**. [S.l.: s.n.], 1961.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY, Cristiane da Costa; PRESTES, Vanêscia Buzelato. Regularização fundiária como política de estado, e não do governo. **Consultor Jurídico**, 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-10/regularizacao-fundiaria-politica-estado-nao-governo>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SUPREMO vai decidir se município pode contratar advogado sem licitação. **Revista Consultor Jurídico**, 5 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/stf-decidir-municipio-contratar-advogado-licitacao>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. [S.l.]: Harvard University Press, 2016.

ZOCKUN, Maurício. Impossibilidade de a advocacia pública ser exercida por ocupantes de cargos de provimento comissionado: o caso dos Municípios (Comentários ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261). **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77795>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

# O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DA MATRÍCULA E A FRAUDE À EXECUÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE A LEI N. 13.097/2015 E O CPC/2015 <sup>1</sup>

Fredie Souza Didier Jr\*

Paula Sarno Braga\*\*

1 Introdução. 2 Noções gerais sobre a fraude à execução. 3 A *scientia fraudis* e sua demonstração em juízo. 4 A constitucionalidade da lei 13.097/2015. 5 Os arts. 54 e 56 da lei 13.097/2015 e sua compatibilidade com o CPC-2015. 5.1 Os arts. 54, I e parágrafo único, 55 da lei 13.097/2015 e a fraude na pendência de ação real ou pessoal reipersecutória sobre imóvel. 5.2 Os arts. 54, II, III e parágrafo único, e 55 da lei 13.097/2015 e a fraude na pendência de execução, fase de cumprimento de sentença, constrição judicial, restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, indisponibilidade ou de outros ônus sobre imóvel. 5.3 Os arts. 54, IV e parágrafo único, 55 e 56 da lei 13.097/2015 e a fraude na pendência de outras ações cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o titular do direito sobre o imóvel à insolvência. 6 Conclusão. Referências.

## RESUMO

Trata-se de um ensaio que visa a analisar a constitucionalidade formal dos arts. 54-56 da Lei n. 13.097/2015, considerando que a lei decorre da conversão de medida provisória que trata de tema de Direito material (e não processual). Visa, ainda, a demonstrar a compatibilidade desses artigos, que disciplinam a ciência da fraude como pressuposto necessário para a configuração de fraude à execução no contexto dos negócios imobiliários, com o regramento posterior do CPC/2015, que alcança, também, os negócios mobiliários. As leis em comento não se contrapõem e acabam sendo complementares entre si na regência da matéria.

**Palavras-chave:** Fraude à execução. Lei n. 13.097/2015. Princípio da concentração da matrícula. Ciência da fraude. Constitucionalidade formal.

\* Pós-doutorado na Universidade de Lisboa (2009). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2002). Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1998). Professor na Universidade Federal da Bahia. E-mail: <frediedidier@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0001-9870-7191>

\*\* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2015). Membro efetivo (e Secretária Adjunta) do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro efetivo (e Vice-Presidente) da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo. Professora Adjunta da Graduação e Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito. E-mail: <paulasarnobraga@lagoesarno.com.br>. <http://orcid.org/0000-0002-8091-849X>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.097/2015 entrou em vigor pouco mais de um ano antes da vigência do CPC-2015. Trata-se de lei que, em seus arts. 54-56, cuida de um dos pressupostos necessários para a configuração de fraude à execução no contexto dos negócios imobiliários – no caso, a ciência da fraude pelo terceiro adquirente do bem.

Ocorre que o CPC-2015, lei posterior, também trata da matéria, porém de forma mais abrangente, com regras que alcançam, ainda, os negócios mobiliários.

Diante dessa sucessão de leis que cuidam da mesma temática, naturalmente surgiu, em doutrina, o questionamento sobre a compatibilidade entre elas.

A Lei n. 13.097/2015 (BRASIL, 2015b) sugere, em leitura rasa e equivocada, que só haveria fraude quando averbada pendência de ação, execução, constrição ou outro gravame ou restrição no registro do imóvel transferido para o terceiro. Mas o CPC-2015 deixa mais claro algo que já poderia ser extraído de uma leitura adequada dos dispositivos mencionados da Lei n. 13.097/2015, i.e., que, mesmo que não haja a referida averbação, é possível a configuração da fraude quando o credor demonstra a má-fé do terceiro adquirente, conforme se consolidou no teor do enunciado n. 375 da Súmula do STJ.<sup>2</sup>

Além disso, o art. 54, IV, e parágrafo único, e art. 55 da Lei 13.097/2015 não inovam nem se incompatibilizam com o art. 792 do CPC-2015, ao disporem que poderá ser averbada no registro de bem imóvel, após *decisão judicial*, a existência de outras ações cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o titular do direito sobre o imóvel à insolvência (art. 792, IV, do CPC). Trata-se de averbação que se dá mediante decisão judicial concessiva de tutela provisória que é, pois, medida cuja admissibilidade e regramento já podem ser extraídos da leitura conjugada dos arts. 297, 300, 301 e 828 do CPC-2015, que devem ser considerados nesse contexto.

Há certa resistência de alguns processualistas a visualizar a importância da Lei n. 13.097/2015 e sua perfeita acomodação ao sistema vigente; isso nos provocou a analisá-la e propor uma interpretação conjunta do CPC e dessa Lei que permita harmonizá-los, na linha de raciocínio mencionada.

A saída encontrada por alguns doutrinadores para defender que o regramento do CPC-2015 deve prevalecer, não vingando o texto da Lei n. 13.097/2015, foi sustentar a inconstitucionalidade formal da referida lei, sob o argumento de que decorreria da conversão de medida provisória sobre matéria processual (vedada por força do art. 62, §1.º, I, “b”, da CF). Não observam, contudo, que se trata de matéria de Direito material, por tratar de disciplina da eficácia do contrato imobiliário, bem como da responsabilidade patrimonial e da fraude.

Assim, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a constitucionalidade e vigência dos arts. 54-56 da Lei n. 13.097/2015, porque produzidos por processo legislativo de acordo com a Constituição, e sem destoar dos termos do CPC-2015, que se coloca como lei posterior que só vem ratificar, complementar e tornar mais abrangente essa legislação.

Essa é a tarefa a que se dedica esse breve ensaio.

## 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A FRAUDE À EXECUÇÃO

A *fraude à execução* é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva (BUZAID, 1952; THEODORO JUNIOR, 2007; DINAMARCO, 2004). Trata-se de instituto tipicamente processual (CAHALI, 1999; THEODORO JUNIOR, 2007; CASTRO, 1974).<sup>3</sup>

Por frustrar a atividade executiva, de forma acintosa, é combatida com contumácia pelo legislador, que considera a alienação/onerção fraudulenta do bem pelo devedor para terceiro *ineficaz* para o exequente (CPC, art. 792, § 1º),<sup>4</sup> sem necessidade de ação própria para neutralizar a eficácia do ato fraudulento (THEODORO JUNIOR, 2007; LIEBMAN, 1980; CAHALI, 1999; MARINONI; ARENHART, 2007).

O ato fraudulento, embora *válido e eficaz* para o devedor alienante e terceiro adquirente, não é oponível ao credor exequente; é ineficaz para ele e para a execução (CPC, 792, § 1º), que, ainda assim, pode recair sobre o bem transferido/onerado fraudulentamente. O bem, agora pertencente ao terceiro adquirente, responderá pela execução. Não existem grandes discussões a esse respeito, tendo o CPC-2015 resolvido expressamente a questão no § 1º do art. 792 (LIEBMAN, 1980; THEODORO JUNIOR, 2007; LIMA, 1985; MARQUES, 1976; CAHALI, 1999; BUZAID, 1952; DINAMARCO, 2004; MARINONI; ARENHART, 2007; COSTA, 1959; ASSIS, 2007).<sup>5</sup>

Na forma do art. 792 do CPC, o ato de alienação ou a oneração de bem será considerada fraude à execução, nas seguintes hipóteses:

- I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;
- II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;
- III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;
- IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;
- V - nos demais casos expressos em lei (BRASIL, 2015a, *online*).

Necessário esclarecer, contudo, se, para a configuração da *fraude à execução*, é preciso que o terceiro dela tenha conhecimento, configurando-se a chamada *scientia fraudis*. O terceiro deve ter conhecimento da pendência da demanda real ou reipersecutória, da pendência de demanda executiva, da hipoteca judiciária ou constrição judicial sobre o bem adquirido ou da pendência da demanda capaz de reduzir o devedor-alienante à insolvência? Se o terceiro adquirente não tiver esse conhecimento, e estiver de boa-fé, enfim, há fraude à execução?

O texto normativo do CPC-2015 cuida do tema, não ignorando que a boa-fé do terceiro adquirente deva ser protegida.

### 3 A SCIENTIA FRAUDIS E SUA DEMONSTRAÇÃO EM JUÍZO

A pendência da ação real imobiliária ou reipersecutória deve ser, a princípio, averbada no registro público competente, como determina o art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/1973, o art. 54, I, Lei n. 13.097/2015 (para o caso dos imóveis), e o art. 792, I, do CPC, para que se possa gerar uma presunção absoluta de conhecimento de terceiros da sua existência para discussão de questão em torno daquele determinado bem.

Não parece ser possível a extensão da coisa julgada ao terceiro adquirente (CPC, art. 109, § 3º; do CPC, art. 792, I), que, diante de um registro público em que não há a notícia da pendência da ação real ou reipersecutória, não pode ser surpreendido, sob pena de ser ignorada a necessária proteção da confiança no comércio jurídico.<sup>6</sup>

O direito material, a quem cabe reger a hipótese (OLIVEIRA, 1986, p. 249-250), parece exigir, para a incidência do § 3º do art. 109 do CPC (e do inciso I do art. 792, que expressamente cuida da pendência de uma ação real ou reipersecutória), o conhecimento pelo terceiro adquirente da litispendência.<sup>7-8</sup>

A exigência do art. 167, I, n. 21, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), do art. 54, I, da Lei n. 13.097/2015 e do art. 792, I, do CPC, de averbação da pendência de ação real ou reipersecutória em registro público competente não é, porém, indispensável para configuração da fraude à execução.<sup>9</sup>

Havendo a referida averbação, o exequente tem o benefício da presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro da pendência do processo, como já dito. Não havendo, recairá sobre ele, exequente, o ônus de demonstrar que o adquirente tinha conhecimento da pendência do processo (na linha do enunciado n. 375 da Súmula do STJ) (LIMA, 1985; CASTRO, 1974; THEODORO JUNIOR, 2007; SILVA, 2008; ZAVASCKI, 2003; NEVES, 2016)<sup>10</sup> prova, de fato, mais difícil. Trata-se de posicionamento tranquilo nos tribunais, já objeto do enunciado de súmula citado (n. 375, STJ), e definitivamente consolidado com a redação dada aos arts. 792, I, e 828 do CPC.

Quando se trata de bem móvel não sujeito a registro, a prova da ciência pelo terceiro da litispendência é mais difícil ainda. Nesse caso, é do terceiro adquirente o ônus de provar que tomou as providências e cautelas necessárias para a aquisição do bem, apresentando as certidões negativas pertinentes, inclusive aquelas obtidas junto aos cartórios de distribuição de demandas (e outros), no domicílio do devedor-alienante e no local onde se encontra o bem (art. 792, § 2º, do CPC).<sup>11</sup>

Resta analisar a questão no contexto das *ações pessoais* que visem ao reconhecimento e à satisfação de *obrigação pecuniária* – ou de outras obrigações que venham a ser convertidas em obrigação pecuniária.

*De um lado*, quando se trata de ato de alienação ou oneração de bem em cujo registro fora averbada a pendência de processo de execução (cf. art. 828 do CPC), “hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial” (BRASIL, 2015a, *online*) (como penhora ou arresto) decorrente do processo em que se arguiu a fraude, na forma do art. 792, II e III, do CPC, a *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente (ou beneficiário do gravame) é presumida pelo legislador (presunção absoluta), diante da publicidade de tais atos no registro do bem.

Caso essa averbação não seja realizada, caberá ao exequente o ônus de demonstrar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da pendência do processo ou do ato constitutivo (na linha do enunciado n. 375 da Súmula do STJ),<sup>12</sup> cuja boa-fé é presumida.

Entretanto, se o bem não for sujeito a registro, caberá ao terceiro adquirente o ônus de demonstrar sua boa-fé: demonstrar que adotou as cautelas esperadas de pessoa diligente e de cultura mediana, levantando todas as certidões cabíveis para aferição do desembaraço do bem, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (art. 792, § 2º, do CPC).

*De outro lado*, quando se trata de ato de alienação ou oneração de bem na pendência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 792, IV, do CPC), também há que se demonstrar a *scientia fraudis* para configuração de fraude à execução.

Em se tratando de demanda sujeita a averbação em registro de bens do devedor, mas não averbada (ex.: execução), é ônus do exequente provar que o terceiro adquirente sabia da sua pendência e dos seus riscos (na linha do enunciado n. 375 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).<sup>13</sup>

O art. 54, IV, e o art. 56 da Lei 13.097/2015 autorizam a averbação da pendência de ação capaz de reduzir à insolvência no registro público. O tema será examinado mais à frente, embora se possa adiantar que essa averbação tem a função de, como as demais, gerar a presunção absoluta de conhecimento da fraude pelo terceiro.

Em se tratando de demanda não sujeita a averbação, não havendo como o credor adotar esse tipo de cautela, o art. 792, § 2º, do CPC, impõe ao terceiro adquirente o ônus de provar sua boa-fé. Em que pese a má-fé do terceiro adquirente seja pressuposto fático indispensável para configuração da fraude, o legislador estabelece uma regra de ônus de prova diversa da usual (cf. art. 373 do CPC). Não cabe ao credor provar esse fato constitutivo do seu direito (má-fé do terceiro), mas, sim, ao terceiro adquirente provar o contrário.

É certo que o terceiro adquirente tem o ônus de diligenciar a obtenção de certidões negativas pertinentes, inclusive junto aos cartórios de distribuição de demandas, no domicílio do devedor-alienante e no local onde se encontre o bem. Trata-se de providências que devem ser tomadas, pois, de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição de bem que podem ser exigidas da pessoa comum (THEODORO JUNIOR, 2007; ASSIS, 2007; SALAMACHA, 2005; DINAMARCO, 2004).<sup>14</sup>

A má-fé do terceiro adquirente é, assim, pressuposto da *fraude à execução*<sup>15</sup> e se caracteriza pelo conhecimento das suas hipóteses de cabimento.

#### 4 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.097/2015

A Lei n. 13.097/2015 foi elaborada no intuito de alterar o regime da fraude à execução, contendo, na norma extraída do respectivo art. 54, o chamado “princípio da concentração da matrícula” (ASSIS, 2016, p. 389).

A concentração da matrícula é princípio basilar do Direito Registral, segundo o qual todos os dados e informações referentes aos direitos reais (e seus titulares) sobre um bem imóvel devem constar e ficar concentrados na sua matrícula, no Cartório de Registro de Imóveis competente.<sup>16</sup> O objetivo é garantir a presunção absoluta de que sejam de conhecimento de terceiros, conferindo mais segurança jurídica e boa-fé no tráfico jurídico imobiliário.

Em que pese a Lei n. 13.097/2015 tenha ficado conhecida como a lei de regência da matéria, a Lei n. 6.015/1973 (arts. 167 e 246) também tratava do assunto. A Lei n. 13.097/2015 ratifica o princípio e mais bem o concretiza, no intuito de viabilizar o alcance das finalidades por ele visadas.

Cuida-se, assim, de diploma normativo que trata da configuração de fraude à execução a partir da averbação no registro de bens da pendência de: a) ações reais ou pessoais reipersecutórias que os tenha como objeto; b) ações pessoais sobre obrigações pecuniárias (como execuções, e, inclusive, de contrições ou outros ônus sobre o bem); e, também; c) outras ações capazes de reduzir o devedor à insolvência.

Imprescindível, contudo, analisar a compatibilidade dessas normas com a Constituição.

Não convence o entendimento no sentido de que a Lei n. 13.097/2015, por ser resultado da conversão da MP n. 656/2014, e tratar de matéria processual, está fadada ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 62, §1º, b, da CF/1988, e a tese de que essa lei teria sido revogada pelo CPC-2015, que é lei posterior (ASSIS, 2016; SIQUEIRA, 2016).

Na verdade, as regras decorrentes dessa lei sobre negociação imobiliária podem tranquilamente ser consideradas materiais, por abordarem a eficácia de contratos selados nesse contexto.

Além disso, elas cuidam da responsabilidade patrimonial que recai sobre bem transferido pela parte (executada ou demandada) para terceiro (o terceiro adquirente) fraudulentamente (cf. art. 790, V, do CPC). A responsabilidade patrimonial é, nesse caso, exatamente, o estado de sujeição do patrimônio desse terceiro responsável (cf. art. 789 do CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida.

Mas há controvérsia sobre a natureza da norma sobre a responsabilidade patrimonial, representada pelas visões dos: i) *materialistas*, como Alois Brinz<sup>17</sup>, Serpa Lopes (1996, p. 11-13) e Betti (1969, p. 281), e dos ii) *processualistas*, como Carnelutti (1958, p. 314-315), Liebman (1980, p. 85-86), Buzaid (1952, p. 17-18), Assis (2005, p. 11), Castro (1976, p. 78), Zavascki (2000, p. 261), Dinamarco (2004, p. 326-327), Marinoni e Arenhart (2007, p. 252-253), Farias e Rosenvald (2008, p. 14) e outros.<sup>18</sup>

Os *materialistas* sustentam que a obrigação se desdobra em débito (dever jurídico de

prestar) e responsabilidade (sujeição patrimonial). Uma vez inadimplido o dever de prestar, surge, segundo eles, a responsabilidade, que constituiria vínculo eminentemente material.<sup>19</sup>

Já os *processualistas* defendem que o débito, como *dever jurídico* imposto ao devedor de cumprir a prestação, é objeto de *relação obrigacional*. Quando inadimplido, faz surgir a responsabilidade, que seria, por sua vez, vínculo processual de sujeição do responsável (que também pode ser o devedor) ao poder de responsabilização do Estado.<sup>20</sup>

Os adeptos dessa última visão (processualistas) observam, ainda, que, a despeito de a responsabilidade patrimonial ser categoria processual, o Código Civil brasileiro de 2002 inova ao tratar do tema, para dispor que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” (art. 391 do Código Civil) (BRASIL, 2002, *online*). Com isso, repetiria, sem necessidade, o disposto no art. 789 do CPC.<sup>21-22</sup>

Dinamarco é daqueles que adotam uma visão processualista da responsabilidade patrimonial, afirmando que sua indevida e frequente inserção no campo do Direito substancial se deve a duas de suas manifestações: a hipoteca e a fraude pauliana.

Para o autor, basta lembrar que a responsabilidade é estado potencial de sujeição a medidas executivas, para que se conclua que a hipoteca não se incluiria entre direitos reais (de garantia), consistindo, em verdade, “na predisposição do bem à futura sujeição executiva, mediante a seqüela que impede que seja eficazmente subtraído ao patrimônio do responsável.” (DINAMARCO, 2003, p. 228).<sup>23</sup>

Essa mesma premissa permitiria concluir que a fraude pauliana é fundamento para o restabelecimento da responsabilidade patrimonial, em benefício de terceiro, sobre bem fraudulentamente transferido ou onerado, para que, futuramente, se submeta à execução – a despeito da validade do negócio em torno do bem. No entanto, Dinamarco reconhece não haver tradição em doutrina de inseri-la, por meio da responsabilidade patrimonial, no âmbito do Direito processual (DINAMARCO, 2003, p. 228).

Não é esta a melhor orientação.

A responsabilidade é tema de Direito material, assim como a hipoteca e a fraude pauliana se inserem nesse mesmo contexto, não tendo o condão de determinar a processualidade da responsabilização.

A responsabilidade patrimonial, em que pese a histórica controvérsia, é uma situação jurídica material que compõe o consequente de uma norma material (um critério de julgar).

Basta pensar que, ao longo do processo obrigacional, entre todas as situações materiais ativas e passivas ali contidas, estão o dever jurídico de prestar e a responsabilidade. São situações jurídicas passivas distintas, que podem ser titularizadas por sujeitos distintos (ex.: empresa deve, mas sócio também responde), razão pela qual se distinguem as figuras do devedor e do responsável, embora se observe que ambos integram o mesmo processo obrigacional.

Assim, uma vez inadimplido o dever jurídico de prestar (pressuposto fático), tem-se a responsabilidade patrimonial (consequente jurídico), como estado de sujeição: *i*) do patrimônio do devedor/terceiro (ex.: terceiro adquirente de bem em fraude), que poderá ser objeto

de atividade executiva; ou, eventualmente, *ii*) de sua vontade/liberdade, ao cumprimento da prestação (ex.: prisão civil em caso de dívida alimentar).

Sem dúvidas, a identificação daquele que se coloca nessa posição de sujeição (quem responde) e com quais bens responderá (o que responde) é uma tarefa da norma material, com base na qual o juiz pode *decidir* (*judgar*) qual será o sujeito e objeto dessa responsabilidade.

Qualquer enunciado de norma a esse respeito que conste em legislação (tida por) processual pode ser considerado disposição normativa heterotópica – i.e., um enunciado de norma material inserido em diploma denominado processual (um estranho no ninho, por assim dizer).

A responsabilidade patrimonial é, inclusive, situação jurídica que decorre de fato extraprocessual, que sequer pode vir a ser objeto de processo executivo. No entanto, se o for, o modo como será exercido o poder jurisdicional de responsabilizar, os limites ao exercício devido e legal desse poder e, pois, o critério de proceder são regidos por norma processual. Daí, por exemplo, a preocupação processual de estabelecer que:

- a) o cônjuge do executado deve ser intimado da penhora do imóvel de que esse mesmo executado seja titular de direito real (art. 842 do CPC<sup>24</sup>);
- b) que, em caso de desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica executada, é necessário um incidente cognitivo, para garantir o contraditório do sócio (cf. art.133-137 do CPC)<sup>25</sup> e;
- c) como deve ser exercido o benefício de ordem do sócio ou fiador (arts. 794 e 795 do CPC).<sup>26</sup>

O que se conclui é que a responsabilidade patrimonial é instituto material, regido por norma material. A questão é que, quando deduzida em juízo (sobretudo em processo executivo), acaba exigindo um tratamento processual adequado, cabendo à norma processual estabelecer esse seu regime jurídico processual peculiar e, por conseguinte, como proceder-se diante de sua presença.

Em sendo a responsabilidade patrimonial e a fraude (com seus pressupostos) tema de Direito material, não há empecilho a que sua disciplina se origine de medida provisória posteriormente convertida em lei.

Junto a isso, trata-se de lei especial sobre a matéria que dialoga perfeitamente com o quanto previsto no CPC-2015, ratificando os seus termos e sua validade no ordenamento brasileiro, como se constata na análise detida exposta a seguir. Não há, pois, antinomia, que justifique falar-se em revogação de lei anterior (Lei n. 13.097/2015) por lei posterior (CPC-2015).

De todo modo, a arguição de inconstitucionalidade somente faria algum sentido durante a vigência da medida provisória; isso porque, durante a sua tramitação no Congresso, ela poderia sofrer emendas parlamentares, como aconteceu e costuma acontecer, e, nesse caso, a fonte da norma passaria a ser o próprio Poder Legislativo, e não o Poder Executivo – e o Poder Legislativo pode editar normas processuais e materiais.

Superada a questão, a (in)constitucionalidade desse diploma normativo, resta compreender seu conteúdo.

## 5 OS ARTS. 54 E 56 DA LEI 13.097/2015 E SUA COMPATIBILIDADE COM O CPC-2015

### 5.1 OS ARTS. 54, I E PARÁGRAFO ÚNICO, 55 DA LEI 13.097/2015 E A FRAUDE NA PENDÊNCIA DE AÇÃO REAL OU PESSOAL REIPERSECUTÓRIA SOBRE IMÓVEL

O art. 54, I e parágrafo único, e art. 55 da Lei n. 13.097/2015 negam a configuração de fraude quando não houver averbação da pendência da *ação real ou pessoal reipersecutória* no registro do bem *imóvel*, nos seguintes termos:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: [...] I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias [...] Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 2015b, *online*).

Na verdade, a existência da averbação referida no dispositivo só viria a estabelecer uma presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro adquirente da pendência do feito e do caráter fraudulento do ato de alienação/oneração praticado.

Tanto que o art. 54, parágrafo único, dessa mesma lei ressalva que: “Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel.” (BRASIL, 2015b, *online*).<sup>27</sup> Ou seja, não pode ser oposta a pendência de ação sobre o bem que não tenha sido averbada ao “terceiro de boa-fé”, logo, *a contrario sensu*, poderá, sim, ser oposta a pendência dessa demanda contra o terceiro que esteja de má-fé; mesmo que não seja averbada a ação real ou reipersecutória no registro do imóvel, a fraude pode configurar-se

se o terceiro adquirente estiver de má-fé. Nesse caso, caberá ao credor demonstrar a *má-fé* do terceiro (cf. aplicação analógica do enunciado n. 375 da Súmula da jurisprudência dominante do STJ).<sup>28</sup>

Trata-se de dispositivo (art. 54, I, da Lei n. 13.097/2015) que deve ser harmonizado com o art. 792, I, do CPC-2015, que produz regra similar, ainda que mais abrangente (para bens móveis ou imóveis), e ainda permite que a referida averbação ocorra quando pendente a ação real ou reipersecutória, ou seja, desde o momento em que fora proposta a demanda (cf. art. 312 do CPC), independentemente de o réu ter sido efetivamente citado.

Pode-se, assim, dizer, em suma, que há presunção absoluta de *scientia fraudis* e de fraude quando há ato de alienação/onerção de bem (móvel ou imóvel) objeto de ação real ou pessoal reipersecutória em cujo registro está averbada a pendência dessa ação (não necessariamente citação), bem assim que, ainda que não haja a referida averbação, haverá fraude se o terceiro estiver de má-fé (não adotando cautelas esperadas para ter segurança na compra quanto à inexistência de gravames sobre o bem) e o credor provar isso, na forma do art. 54, parágrafo único, e do enunciado n. 375 da Súmula do STJ.

## 5.2 OS ARTS. 54, II, III E PARÁGRAFO ÚNICO, E 55 DA LEI 13.097/2015 E A FRAUDE NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO, FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, CONSTRIÇÃO JUDICIAL, RESTRIÇÃO ADMINISTRATIVA OU CONVENCIONAL AO GOZO DE DIREITOS REGISTRADOS, INDISPONIBILIDADE OU DE OUTROS ÔNUS SOBRE IMÓVEL

Junto a isso, os arts. 54, II e III, e parágrafo único, e 55 da Lei n. 13.097/2015 (BRASIL, 2015b) negam a configuração de fraude quando não houver averbação de *execução, fase de cumprimento de sentença, constrição judicial, restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, indisponibilidade ou de outros ônus* quando previstos em lei, no registro do bem imóvel, nos seguintes termos:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: [...] II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei [...] Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 2015b, *online*).

Também, aqui, a existência da averbação referida no dispositivo (art. 792, II e III, do CPC, ou art. 54, II e III, da Lei n. 13.097/2015), que será realizada, por solicitação do interessado, só teria o condão de gerar uma presunção absoluta de *scientia fraudis*.

Ocorre que, em mais esse caso, o art. 54, parágrafo único, da lei referida ressalva que, mesmo que não sejam realizadas essas averbações no registro do imóvel, a fraude pode configurar-se se o terceiro adquirente estiver de má-fé,<sup>29</sup> o que se daria com base no art. 792, IV, do CPC, simplesmente por haver processo pendente apto a conduzir o devedor à insolvência. Trata-se daquela situação em que caberá ao credor demonstrar a má-fé do terceiro (cf. aplicação analógica do enunciado n. 375 da Súmula da jurisprudência dominante do STJ).

Nesse caso, é possível concluir, em síntese, que há presunção absoluta de *scientia fraudis* e de fraude quando há ato de alienação/onerção de bem (móvel ou imóvel) objeto de execução/cumprimento/construção/outro gravame, em cujo registro esteja averbada a sua pendência (não pressupondo, necessariamente, citação no bojo de uma ação); e, junto a isso, ainda que não haja a referida averbação, existirá fraude se o terceiro estiver de má-fé – não tomando as precauções esperadas para ter segurança na aquisição e da inexistência de gravames – e o credor provar isso.

### 5.3 OS ARTS. 54, IV E PARÁGRAFO ÚNICO, 55 E 56 DA LEI 13.097/2015 E A FRAUDE NA PENDÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES CUJOS RESULTADOS OU RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL POSSAM REDUZIR O TITULAR DO DIREITO SOBRE O IMÓVEL À INSOLVÊNCIA

No entanto, há, ainda, uma terceira situação.

Na forma do texto do art. 54, IV e parágrafo único, e art. 55 da Lei 13.097/2015, poderá ser averbada no registro de bem imóvel, mediante *decisão judicial*, a existência de outras ações cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o titular do direito sobre o imóvel à insolvência (art. 792, IV, do CPC), nos seguintes termos:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: [...] IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de

Processo Civil [...] Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 2015b, *online*).

O objetivo da lei, mais uma vez, é gerar uma presunção legal absoluta de ciência da fraude pelo terceiro que venha a ser beneficiado com ato de alienação ou oneração do bem.

Observe-se, contudo, que, nesse caso, a averbação dar-se-á “mediante decisão judicial”, o que ratifica e detalha o art. 56 da mesma lei:

Art. 56. A averbação na matrícula do imóvel prevista no inciso IV do art. 54 será realizada por determinação judicial e conterà a identificação das partes, o valor da causa e o juízo para o qual a petição inicial foi distribuída.

§ 1º Para efeito de inscrição, a averbação de que trata o *caput* é considerada sem valor declarado.

§ 2º A averbação de que trata o *caput* será gratuita àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

§ 3º O Oficial do Registro Imobiliário deverá comunicar ao juízo a averbação efetivada na forma do *caput*, no prazo de até dez dias contado da sua concretização.

§ 4º A averbação recairá preferencialmente sobre imóveis indicados pelo proprietário e se restringirá a quantos sejam suficientes para garantir a satisfação do direito objeto da ação.

Art. 57. Recebida a comunicação da determinação de que trata o *caput* do art. 56, será feita a averbação ou serão indicadas as pendências a serem satisfeitas para sua efetivação no prazo de 5 (cinco) dias (BRASIL, 2015b, *online*).

Trata-se de situação em que a averbação da ação apta a conduzir o devedor à insolvência só poderá ser autorizada por decisão concessiva de tutela provisória (c.f. arts. 300 e 301 do CPC), tal como um protesto contra alienação (ou oneração) do bem, mediante a demonstração, pela parte interessada, da probabilidade do direito e do perigo da demora, caso em que deverá deixar em estado de verossimilhança os fatos que justificam seu receio de fraude e insolvência.

Em sendo medida de tutela provisória, não deve ficar adstrita à averbação em registro de imóveis. Deve ser admitida, também, para fins de averbação em registro de quaisquer outros bens, como veículos ou outros bens passíveis de constrição (a ex. do registro de ações de S.A. ou do registro de embarcação na capitania dos portos), em nome do direito ao acesso a uma tutela de urgência, que de resto pode ser atípica (art. 297 do CPC) – também se poderia cogitar uma aplicação por analogia da regra do art. 828 do CPC (que trata da averbação da pendência da execução admitida).

Essa determinação judicial pressupõe que a demanda tenha sido admitida – por analogia ao art. 828 do CPC –, e, por consistir em decisão judicial concessiva de tutela provisória, é passível de impugnação por agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC).

Nada impede, ainda, que a medida (averbação) seja convencionada pelas partes em sede de negócio processual, independentemente de decisão judicial, uma vez presentes os pressupostos do art. 190 do CPC.

Quando recebida a determinação judicial, caberá ao oficial do registro realizar a averbação, ou, se isso não for possível, indicar as pendências a serem satisfeitas para sua efetivação no prazo de cinco dias. Uma vez implementada a averbação, o oficial do registro deverá comunicar ao juízo tal fato, no prazo de até dez dias contado da sua concretização (art. 56, §3.º, da Lei n. 13.097/2015). Nesse caso, a comunicação será feita pelo oficial, e não pelo credor, como prevê o art. 828, §1º, do CPC, para a averbação da execução.

Em que pese o silêncio dessa lei especial, pode-se concluir que, após a realização tempestiva desse comunicado, os efeitos da averbação retroagirão à data em que foi aperfeiçoada. Entretanto, caso a não realização do referido comunicado nesse prazo traga algum dano ou prejuízo para a parte adversária, poderá ela requerer indenização em face do oficial responsável, na forma do art. 22 da Lei n. 8935/1994 (BRASIL, 1994).<sup>30</sup>

Iniciada a execução e formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, deverá ser aplicado o art. 828, §2º<sup>31</sup>, do CPC, de modo que caberá ao exequente providenciar, no prazo de dez dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles bens que não tenham sido penhorados. Esse cancelamento se impõe ao exequente como um dever de lealdade, porém o seu descumprimento enseja responsabilização pelos danos causados, na forma do art. 828, § 5º, do CPC, cuja apuração ocorrerá em incidente processado em autos apartados.

Entretanto, caso o exequente não o faça no prazo de lei, caberá ao juiz determinar o cancelamento das averbações, de ofício (ainda em analogia ao art. 828, § 3º, do CPC). Independentemente de o cancelamento ocorrer de ofício ou a requerimento, o legislador impõe, para prevenir fraudes, que isso se dê por pronunciamento judicial (ASSIS, 2007, p. 260).

Interessante notar que, diferentemente do quanto previsto no art. 828 do CPC, o art. 56, §4.º, da lei estabelece que: “A averbação recairá preferencialmente sobre imóveis indicados pelo proprietário e se restringirá a quantos sejam suficientes para garantir a satisfação do direito objeto da ação.” (BRASIL, 2015b, *online*). O legislador estabelece que a averbação, em tais casos, quando ainda não haja execução pendente e admitida, deverá recair prioritariamente sobre bens indicados pelo devedor; em havendo, contudo, execução instaurada e em curso, a escolha não será mais do devedor, mas sim do exequente, seguindo o espírito do CPC, que lhe confere, inclusive, a prerrogativa de escolher bens a penhorar.

Por fim, observe-se que há aqui mais um caso em que o art. 54, parágrafo único, da Lei n. 13.097/2015 (BRASIL, 2015b) prescreve que, mesmo que não sejam realizadas essas averbações no registro do imóvel, não fica afastada a configuração da fraude. Bastará, para tanto,

que o credor demonstre a má-fé do terceiro (cf. aplicação do enunciado n. 375 da Súmula da jurisprudência dominante do STJ); ou, não sendo o bem passível de registro, que o próprio terceiro demonstre sua boa-fé na forma do art. 792, § 2º, do CPC.

Segue, por fim, um quadro comparativo do regramento da forma de averbação prevista no art. 56 da Lei n. 13.097/2015 (para ações aptas a conduzir o devedor à insolvência), e no art. 828 do CPC-2015 (para execuções admitidas).

	<b>Objeto</b>	<b>Iniciativa</b>	<b>Pressupostos</b>	<b>Bens</b>	<b>Comunicação de realização</b>	<b>Efeitos</b>	<b>Efeito caso a averbação não seja feita</b>
<b>Averbação dos arts. 54, IV, e 56 da Lei n. 13.097/2015.</b>	Ação apta a conduzir o devedor à insolvência (que não seja execução admitida).	Credor demandante, mediante requerimento de tutela provisória, seguido de determinação judicial (agravável), a ser cumprida por oficial do registro.	Decisão judicial concessiva de tutela provisória, inclusive com a demonstração de probabilidade da insolvência, e a prova da litispendência.	Imóveis – e, por analogia ao CPC, outros bens passíveis de registro –, preferencialmente indicados pelo “proprietário” (devedor, futuro executado).	Pelo <i>oficial do registro</i> no prazo de dez dias, sob pena de responsabilização pelos danos causados.	Presunção absoluta de <i>scientia fraudis</i>	Ônus do exequente de demonstrar má-fé do terceiro
<b>Averbação do art. 828, CPC.</b>	Execução admitida.	Exequente, mediante certidão da admissão da execução, independentemente de decisão judicial.	Litispendência executiva e admissão da execução.	Imóveis, veículos e outros bens passíveis de penhora, arresto ou indisponibilidade, que podem ser indicados pelo exequente.	Pelo <i>exequente</i> no prazo de dez dias, sob pena de responsabilização pelos danos causados.	Presunção absoluta de <i>scientia fraudis</i>	Ônus do exequente de demonstrar má-fé do terceiro

Quadro 1 - Regramento da forma de averbação

Fonte: adaptado pelos autores deste trabalho com base em Brasil (2015a, 2015b).

## 6 CONCLUSÃO

Como se pode perceber, a Lei n. 13.097/2015 não inova, propriamente, no ordenamento processual brasileiro, ao menos não se comparada ao quanto já disposto no CPC-2015 ou que possa ser dele extraído, inclusive considerando entendimento sumulado do STJ.

Esse diploma normativo simplesmente desdobra regramento já existente e positiva algumas interpretações já consagradas, se não de fácil identificação no contexto da sistemática atual no âmbito da responsabilidade patrimonial e da tutela provisória.

Não padecendo de vícios, nem provocando antinomias, subsiste válida a lei, e que venham seus efeitos.

## THE PRINCIPLE OF CONCENTRATION OF ACTS IN THE REAL ESTATE RECORDS AND THE FRAUD TO ENFORCEMENT PROCEEDINGS: A DIALOG BETWEEN THE LAW NO. 13.097 AND THE 2015 CIVIL PROCEDURAL CODE

### ABSTRACT

This essay aims to analyze the formal constitutionality of arts. 54-56 of the Law no. 13.097/2015, considering that the law is a result of the conversion of a provisional measure whose object is the material law (and not procedural law). It is also intended to demonstrate the compatibility of these articles, which regulate the fraud science as a necessary assumption for the configuration of fraud to enforcement proceedings in the context of real estate deals, with the subsequent regulation of the 2015 Civil Procedural Code, in the same context, which also reaches the movable property deals. The mentioned rules do not contradict each other and end up being complementary to one another in the regulation of the subject.

**Keywords:** Fraud to Enforcement Proceedings. Law n. 13.097/2015. Principle of Concentration of Acts in the Real Estate Records. Fraud Science. Formal Constitutionality.

## EL PRINCIPIO DE LA CONCENTRACIÓN DE LA MATRÍCULA Y EL FRAUDE A LA EJECUCIÓN: UN DIÁLOGO ENTRE LA LEY N. 13.077/2015 Y EL CPC/2015

### RESUMEN

Se trata de un ensayo que busca analizar la constitucionalidad formal de los arts. 54-56 de la Ley n. 13.097/2015, considerando que la ley deriva de la conversión de la medida provisional que trata del tema de Derecho material (y no procesal). Se pretende además demostrar la compatibilidad de estos artículos, que disciplinan la ciencia del fraude como presupuesto necesario para la configuración de fraude a la ejecución en el contexto de los negocios inmobiliarios, con la norma posterior del CPC / 2015, que abarca también los negocios mobiliarios. Las leyes citadas no se contraponen y acaban siendo complementarias entre sí en la regencia de la materia.

**Palabras clave:** Fraude a la ejecución. Ley n. 13.097/2015. Principio de la concentración de la matrícula. Ciencia del fraude. constitucionalidad formal.

- 1 Este artigo é também resultado dos grupos de pesquisas “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053).
- 2 Também assim, por ex., Araujo (2016, p. 316-326).
- 3 Entendendo tratar-se de instituto de direito privado, sob o argumento de que o direito de crédito do credor é privado e individual, e só ele é violado (SOUZA, 2002, p. 74). Tende a acolher essa última visão. (COELHO 2006, p. 54).
- 4 O dispositivo só menciona ser a alienação ineficaz. Mas a oneração, pelas mesmas razões, também será (NEVES, 2016, p. 1075).
- 5 Poucos são aqueles que diziam, na vigência do CPC-1973, ser caso de nulidade absoluta, estando os bens sujeitos à execução. Eram os casos de Caio Mário (PEREIRA, 2008) e Amílcar de Castro (CASTRO, 1974).
- 6 Ponderando sobre o assunto, Ferreira (2007, p. 256-257).
- 7 Em sentido diverso, entendendo ser desnecessário que o adquirente tenha ciência da litispendência (SANTOS, 2003, p. 32).
- 8 Bem a propósito é a redação do n. 3 do art. 263º do CPC de Portugal: “A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, exceto no caso de a ação estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da ação.” (PORTUGAL, 2013, *online*).
- 9 Observe-se que o art. 792, I, CPC, prevê averbação da *pendência* da ação, que pode não só ser real, como também reipersecutória. E a ação está pendente desde o momento de sua propositura (art. 312, CPC). Dessa forma, não parece mais ser necessário que o réu seja citado para que a averbação seja promovida, como dispunha o art. 167, I, n. 21, da Lei n. 6.015/1973 – e como prevê o art. 54, I, da Lei n. 13.097/2015 (BRASIL, 2015a).
- 10 Ressalva a possibilidade de inversão do ônus de prova, com base no art. 373, § 1º, CPC (SIQUEIRA, 2016, p. 330).
- 11 Salamacha, com toda razão, sustenta que só subsiste essa presunção em favor do credor, de ciência do terceiro adquirente, se a demanda tramita na comarca em que se situa o bem ou no domicílio do alienante. Afinal, o terceiro adquirente que está de boa-fé tem o dever de diligência e precaução, cabendo-lhe adotar a cautela de providenciar certidão negativa de ônus no registro dessas localidades. Caso contrário, se a demanda corre em local diverso, e o terceiro adquirente, nem com toda diligência dele esperada, teria a oportunidade de conhecê-la, a presunção se inverte e cabe ao credor provar que o terceiro adquirente sabia da pendência da demanda. É imperativo decorrente da máxima da boa-fé objetiva (SALAMACHA, 2005, p. 164-165).
- 12 (LIMA, 1985; CASTRO, 1974; THEODORO JUNIOR, 2007; SILVA, 2008; ZAVASCKI, 2003). Discordam da atribuição desse ônus ao exequente, sustentando, inclusive, que isso faz com que a fraude seja reconhecida em menos de 8% dos casos em que ocorre, conforme pesquisa realizada em mais de 130 precedentes do STJ (BRUSCHI; NOLASCO; AMADEO, 2016, p. 117-118).
- 13 Ressalva a possibilidade de inversão do ônus de prova, com base no art. 373, § 1º, CPC (SIQUEIRA, 2016, p. 330).
- 14 Já Salamacha, com base no princípio da proporcionalidade, distingue duas diferentes situações: *a*) há presunção em favor do credor, de que o terceiro conhecia ou deveria conhecer a demanda, se ela tramitar na mesma comarca em que está o bem ou na mesma comarca em que tem domicílio o alienante; mas é presunção relativa, cabendo prova em o contrário; *b*) e há presunção em favor do terceiro adquirente de que não a conhece nem poderia conhecê-la, se não corre nestas comarcas; também é presunção relativa, cabendo prova em contrário. Só se protege o terceiro adquirente de boa-fé cauteloso – jamais o desidioso –, que toma as precauções esperadas do homem mediano e exigidas da vida moderna, dentro das suas possibilidades (SALAMACHA, 2005, p. 180 ss.).
- 15 Assim, também, Theodoro Junior (2001, p. 81), com amplas referências.
- 16 Cf. Araujo (2016, p. 310); Cf. Rodrigues Neto (2017, p. 412).
- 17 O estudo da responsabilidade patrimonial e, sobretudo, a distinção entre responsabilidade e obrigação, deve-se à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz que divide a obrigação em *Schuld und Haftung* (débito e responsabilidade).
- 18 A abordagem dessas teorias e seus autores já se deu em Didier Junior e Braga (2010) (também publicado, dentre outros, em *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, v. 1, 2009).

- 19 Há aqueles civilistas que partem da visão diferenciada da obrigação como processo, para sustentar que o débito e a responsabilidade compõem o processo obrigacional, unitariamente considerado (o que mantém essa natureza material), e são indissociáveis entre si, pois o dever jurídico de prestar se dá sob coação (sob pena de responsabilidade). Extinto o débito, não subsiste a responsabilidade (assim, dentre outros, mas com variações de entendimento) (LARENZ, 1958; TUHR, 1999; VARELA, 2003; LIMA, 1985).
- 20 A responsabilidade, como suscetibilidade do patrimônio de alguém à execução, seria típica *relação de Direito processual*, travada no campo processual entre responsável e Estado, não se tratando de relação entre credor e devedor. O erro da doutrina privatista teria sido, segundo eles, considerar a sanção (a responsabilidade) como elemento da relação obrigacional, quando é expressão do poder soberano do Estado.
- 21 “Art. 789. O devedor responde com todos seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. (BRASIL, 2015a, *online*).
- 22 Já Alcides de Mendonça Lima critica o artigo 591, do CPC-1973 (correspondente ao art. 789 do CPC-2015), por conter norma tipicamente material (LIMA, 1985, p. 429-431).
- 23 Esta é a posição de Carnelutti (1939) e Liebman (1962). Machado Guimarães endossa sua natureza processual, por consistir na “destinação de determinados bens imóveis (do devedor ou de terceiro) à satisfação preferencial do crédito por ela assegurado.” (GUIMARÃES, 1942, p. 69). Contra, Marques (2000).
- 24 “Art. 842. Recaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens.” (BRASIL, 2015a, *online*).
- 25 “Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. §1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. §2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. §1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. §3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do §2º. §4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.” (BRASIL, 2015a, *online*).
- 26 “Art. 794. O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora. § 1º Os bens do fiador ficarão sujeitos à execução se os do devedor, situados na mesma comarca que os seus, forem insuficientes à satisfação do direito do credor. §2º O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo. §3º O disposto no *caput* não se aplica se o fiador houver renunciado ao benefício de ordem. Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. §1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade. §2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito. §3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo. §4º Para a desconconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.” (BRASIL, 2015a, *online*).
- 27 Dispositivo que também “ressalva o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101/2005 [...] e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel”, como uma aquisição por usucapião (BRASIL, 2015b, *online*).
- 28 Assim, Medina (2016, p. 102) e Neves (2016, p. 1079).
- 29 Além disso, o art. 54, parágrafo único, da Lei n. 13.097/2015 também ressalva o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101/2005 e as “hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel”

(BRASIL, 2015b, *online*), como uma aquisição por usucapião.

- 30 “Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.” (BRASIL, 1994, *online*).
- 31 § 2º do art. 828 do CPC: “Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.” (BRASIL, 2015a, *online*).

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Responsabilidade patrimonial. In: LOPES, João Batista Lopes; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coord.). **Execução civil (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual da Execução**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARAÚJO, Juliana Rubiniak de. Concentração dos atos na matrícula e fraude à execução. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. **Operação Imobiliárias: estruturação e tributação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BETTI, Emilio. **Teoria General de las Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. 1 t.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). **Presidência da República**, Brasília, DF, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. **Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva,

1952.

CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. Natura giuridica dell'ipoteca. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 16, 1939.

\_\_\_\_\_. **Diritto e Processo**. Nápoli: Morano Editore, 1958.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 8.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 8 v.

COELHO JUNIOR, Sérgio. **Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 5 v.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. **Juris Plenum**, v. 111, p. 15, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, William Santos. Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Leituras complementares de Processo civil**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GUIMARÃES, Luiz Macedo Soares Machado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. 4 v.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 1 t.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. In: \_\_\_\_\_. **Problemi del Processo Civile**. Nápolis: Morano, 1962.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 6.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 2000. 5 v.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Alienação da coisa litigiosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

PORTUGAL. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. **Diário da República**, n. 121, 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

RODRIGUES NETO, Assuero. A usucapião extrajudicial e a concentração dos atos na matrícula do imóvel. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 83, p. 401-421, jul./dez. 2017.

SALAMACHA, José Eli. **Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Alienação da coisa litigiosa e intervenção de terceiros. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 8, p. 24-32, 2003.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966. 2 v.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. t. 2.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente**. São

Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, p. 81, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

TUHR, A. von. **Tratado de las obligaciones**. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1999. 1 t.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1 v.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 8 v.

# O DIREITO À ANCESTRALIDADE GENÉTICA VERSUS A PREVENÇÃO AO ABORTAMENTO E AOS CRIMES CONTRA OS NEONATOS: ANÁLISE COM BASE NO PARTO ANÔNIMO

*Renata Oliveira Almeida Menezes\**

*Silvio Romero Beltrão\*\**

1 Introdução. 2 Impasses para a legalização do abortamento: uma questão de saúde pública. 3 O parto anônimo e a prevenção dos crimes contra os recém-nascidos. 4 A relativização do direito à ascendência biológica do nascido de parto anônimo em prol da preservação da vida. 5 Conclusões. Referências.

## RESUMO

O parto anônimo se trata da liberalidade atribuída à gestante de garantir o seu anonimato ao dar a luz a uma criança e colocá-la para a adoção, esquivando-se de qualquer dever ou direito sobre o seu descendente, de modo imediato, sem identificação da genitora. É instituto adotado em alguns países, mas não o é no Brasil. O presente artigo destinou-se a verificar a compatibilidade do parto anônimo com o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de avaliar se é uma solução louvável e eficaz para evitar ou diminuir os casos de abortamento e crimes contra os neonatos, já que preserva a identidade da genitora. Para tanto, utilizou-se o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais; o método indutivo-dedutivo e os métodos hermenêuticos teleológico, sistemático e sociológico.

**Palavras-chave:** Parto anônimo. Abortamento. Abandono de neonatos.

\* Advogada, com graduação em bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas. Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (aprovação por unanimidade da Banca Examinadora). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (diploma certificado pelo CONEAU). Atualmente atua como professora da pós-graduação da Universidade Federal de Pernambuco e da graduação e pós-graduação do Centro Universitário Estácio. E-mail: <renattaolive@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0003-4382-837X>

\*\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1993), Mestrado (2004) e Doutorado (2010) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2014) com projeto de estudo sobre "Os aspectos jurídicos do consentimento informado - uma visão em face dos planos de validade e eficácia dos negócios jurídicos". Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal de Pernambuco, professor da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco. É Juiz de Direito, Titular da 18a. Vara Cível - Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. E-mail: <silviorb@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0002-9548-5017>



## 1 INTRODUÇÃO

Apesar de pouco difundido no Brasil, na atualidade, mas utilizado sob o termo de *roda dos expostos* ou *enjeitados*, o parto anônimo é um instituto vigente em outros países, a exemplo da França e da Bélgica, e corresponde a uma liberalidade atribuída à gestante para garantir o seu anonimato ao dar a luz a uma criança e colocá-la para a adoção, esquivando-se de qualquer dever ou direito sobre o seu descendente.

Em uma primeira análise, a possibilidade de negar a um vulnerável os direitos defendidos no âmbito do direito de família, no que tange à maternidade responsável, aparenta ser incompatível com o Estado Democrático de Direito, mas, para que haja a efetividade das normas positivadas, é necessária a sua consonância com a realidade social em que se inserem, para que se busque a compatibilidade entre o texto legislativo e os seus bens tutelados. Desse modo, de pouca valia é a instituição de normas que prevejam uma realidade ideal como campo de aplicação, se essa quimera em muito destoa do que existe faticamente.

A imposição de determinadas condutas que não são recepcionadas pelos seus destinatários no âmbito moral, faz com que tais atos fiquem comprometidos no campo da eficácia social, levando à necessidade de atualização do Direito em face das mudanças sociais. É sabido que as relações familiares passaram por várias transições, o paternalismo que, dantes, era quase absoluto, foi substituído por uma pluralidade de espécies de relações familiares, merecendo destaque para a presente problemática as famílias monoparentais, em sua maioria, constituídas por mãe e filho(s).

Com base nesse pensamento, pode constatar-se a tendência de o Direito se adequar às mudanças sociais, ampliando sua visão conforme as novas necessidades de proteção, priorizando uma interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico, em detrimento da tradicional análise estritamente gramatical.

A autonomia pessoal, em especial da mulher, mudou o contexto familiar, de modo que a normativa do Código Civil de 1916, que retratava uma sociedade eminentemente rural e patriarcal, já não seria capaz de reger as relações da atualidade, ao passo que o Código Civil de 2002, apesar de apresentar um progresso nesse sentido, demanda do jurista um esforço interpretativo maior, guiado pelo princípio da dignidade, pelo fato de não abarcar expressamente todas as entidades familiares existentes de fato.

O princípio da dignidade, devido à sua universalidade, abrange todos os entes participantes da família, e, em se tratando da família monoparental matriarcal, surgem conflitos éticos e jurídicos quando a proteção da mãe implica sacrifício do filho ou do embrião, ou vice-versa. Uma das polêmicas mais acaloradas reside no contraponto entre os direitos reprodutivos da mulher e o direito à vida do embrião em fase de gestação, sob esse prisma, discute-se se a iniciativa abortiva é de livre escolha da gestante.

É nesse contexto que se pretende analisar, por meio desta pesquisa, se o instituto do parto anônimo pode ser considerado um instrumento hábil e compatível com o ordenamen-

to jurídico brasileiro, capaz de dirimir o confronto entre direitos da gestante e direitos do nascituro, desestimulando o abortamento ao garantir o anonimato da mãe. Analisar-se-á se sacrificar o direito inerente ao filho de conhecer a sua origem genética pode ser relativizado em prol da prevenção às práticas abortivas e aos crimes contra os neonatos.

Para tanto, utilizar-se-á o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais sobre o princípio do abortamento, o abandono de neonatos e sobre o parto anônimo e far-se-á uso do método indutivo-dedutivo para confrontar os direitos à ancestralidade genética com os direitos de liberdade da mulher; ademais, utilizar-se-á do método hermenêutico de interpretação sistemática, sociológica e teleológica para sopesar os benefícios da instituição do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 IMPASSES PARA A LEGALIZAÇÃO DO ABORTAMENTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Parte-se do pressuposto de que o ato de cessar a gestação antes do nascimento da criança se chama abortamento, do qual resulta o aborto. Apesar da imprecisão técnica do legislador penalista, tal conduta é tipificada no artigo 124 do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual prevê pena de detenção, de um a três anos, mas, como é sabido, a proibição tem o fito inibitório, não sendo capaz de evitar a prática.

O abortamento é uma questão de saúde pública, pois muitas mulheres que, em busca de autonomia, procuram alternativas precárias para realizar o ato, geralmente, recorrem a clínicas clandestinas, que, por terem tal característica, não são inspecionadas pela ANVISA e pelos órgãos de controle correlatos, fazendo com que haja a carência de suporte clínico para os casos críticos de gravidade do estado de saúde das gestantes, ocasionando, muitas vezes, a morte delas.

Ignorar tal realidade e repudiar a conduta com base em preceitos religiosos, paradoxalmente, mesmo no âmbito de um Estado laico, não são ações compatíveis com o pensamento jurídico centrado nos Direitos Humanos. Mister é se atestar que há um conflito ético e jurídico entre os direitos da mulher e os direitos do nascituro, e que o parto anônimo tem uma potencialidade de ser tido como forma eficaz de solução.

Conforme dados da Organização Mundial da Saúde (2011, p. 39-40), nos países de baixa renda, as três principais causas de óbito das mulheres, em idade entre a puberdade até a menopausa, são HIV/AIDS, condições maternas e tuberculose, que, juntas, representam um óbito em cada dois. Dentre as causas elencadas, destaca-se a materna, já que, ao longo da história, verifica-se que a gravidez e o parto acarretam óbitos e incapacidades entre as mulheres, sendo a mortalidade da mãe um indicador-chave do estado de saúde da mulher. A repercussão da pobreza em relação à vulnerabilidade da saúde da mulher é tanta que, considerando-se que mais de meio milhão de óbitos maternos ocorrem a cada ano, há de se frisar que 99% desses casos acontecem em países em desenvolvimento.

Sabe-se que, apesar de a gravidez e o parto não serem enfermidades, comportam riscos que podem ser dirimidos por intervenções de saúde, a exemplo da oferta de planejamento familiar, cuidados maternos e acesso ao abortamento seguro. As complicações advindas da prática abortiva insegura repercutem na morte de quase 70.000 mulheres anualmente devido a suas complicações, evidenciando que as restrições legais não são suficientes para evitar a prática e que a diminuição de restrições ao abortamento seguro causa a redução drástica de óbitos e demais complicações (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2011, p. 42).

Entretanto, apesar das repercussões gravosas para a saúde da mulher, o abortamento não recebeu regulamentação eficaz no Brasil. Preocupou-se em se criminalizar a ação, atendo-se à proteção da vida futura, da criança em gestação, mas a legislação se cegou para a tutela da vida já existente, a da mãe. O debate que deveria ser eminentemente jurídico acerca da legalização do abortamento se contamina com discursos religiosos e discriminatórios, dificultando sua análise em um contexto social com base em razoável argumentação.

Em pesquisa promovida pelo IBOPE em 2014 (BRAMATTI; TOLEDO, 2014), verificou-se que 79% da população brasileira é contrária à legalização da prática, dado que fundamenta o fato de que os projetos de lei que visam a disciplinar a matéria perduram por tantos anos em tramitação, sem se chegar ao objetivo que deveria ser almejado por todos: encontrar-se uma justa ponderação entre os direitos fundamentais em conflito.

Nesse sentido, conforme alerta a socióloga Pitanguy (2011, p. 39):

O campo dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos sempre foi, e continua sendo, uma arena controversa, onde protagonistas poderosos se opõem ao avanço e consolidação destes direitos. A questão do aborto constitui um ponto, ainda hoje, nevrálgico dessa agenda, enfrentando dificuldades, mesmo dentro do próprio feminismo [...].

É necessário se atentar para o fato de que, no sentido amplo e contemporâneo, a saúde é, sobretudo, uma questão de cidadania e de justiça social, não se resumindo a um estado biológico. A atual concepção de direitos sexuais e reprodutivos abrange um conjunto de direitos humanos, individuais e sociais que devem interagir em busca do pleno exercício da sexualidade e da reprodução. Na sua dimensão individual, tais direitos devem englobar o direito à vida digna, à integridade física e psicológica; o direito à liberdade, à autodeterminação reprodutiva e à livre escolha sobre ter ou não ter filhos e os intervalos de seus nascimentos, o direito de constituir família, entre outros (VENTURA, 2011, p. 310). A imposição de uma gestação não consentida é a tal ponto capaz de afetar os direitos humanos da mulher, que a legislação brasileira excetua a proibição do abortamento em caso de feto anencefálico e nas hipóteses em que há gravidez proveniente de estupro, mas se exime de tratar abertamente do ato voluntário, como se a ausência de regulamentação impedisse a prática do abortamento na realidade social.

O Brasil, por meio do Decreto 678, de 1992 (BRASIL, 1992), promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, a qual, em seu artigo 4º, expressa que “toda pessoa tem o direito de que se respeite

a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, *online*). Já por meio do Decreto 99.710, de 1990 (BRASIL, 1990a, *online*), promulgou a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, explicitando que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.”

Vê-se que a maternidade indesejada, quando não respaldada, tem consequências muito mais graves. O principal argumento contrário ao abortamento é fundado na inviolabilidade do direito à vida, com posição topográfica no artigo quinto da Constituição Federal.

Apesar da previsão do direito à vida, há controvérsias quanto ao momento em que se inicia a existência. Os adeptos à corrente contrária ao abortamento defendem que a vida se inicia desde a concepção, sendo a prática do ato um verdadeiro homicídio; uma segunda corrente, diametralmente oposta, atesta que a vida se inicia com o nascimento, o que contribuiria para se preconizar a possibilidade da prática; uma terceira corrente argumenta que é possível se praticar o abortamento, desde que ainda não tenha havido a formação do sistema nervoso, rebatendo os argumentos dos que são contrários ao abortamento com base num possível sofrimento do feto.

A Lei n. 9.263, de 1996 (BRASIL, 1996, *online*), em seu artigo 2º, expressa que o planejamento familiar é o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” e, no artigo seguinte, explicita que tal programação deve ser analisada dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Da análise global dos dois dispositivos, constata-se a preconização da liberdade reprodutiva da mulher e da preservação da sua saúde, demandando, pois, uma interpretação ponderada e sistêmica dos decretos sobre a proteção da vida desde a concepção, de modo a evitar a homogeneização dos institutos.

Ademais, cumpre frisar que a liberdade reprodutiva da mulher é condizente com o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, embasado na garantia de autonomia ao indivíduo e de liberdade para estabelecer metas e eleger os caminhos de sua vida, o qual exige do Estado os deveres de abstenção de ingerência e de oferecer prestações positivas, em prol da promoção de condições materiais para que a pessoa possa viver dignamente, exercendo plenamente os demais direitos e liberdades fundamentais assegurados pela Constituição (HACHEM; BONAT, 2017, p. 95). A dignidade, ao embasar os Direitos Humanos, não requer a necessária adoção de um meio específico de vida ou de existência (SANTOS; VARELLA, 2016, p. 174), em respeito à liberdade e à pluralidade das pessoas, inclusive em relação aos projetos parentais e à sexualidade.

Verifica-se que a polêmica de difícil solução, por envolver o bem máximo do constitucionalismo democrático, prolonga-se no tempo e que, conforme os dados da Organização Mundial de Saúde analisados, enquanto persiste a carência de atualização progressiva por parte do Direito, a saúde da mulher fica comprometida, por lhe ser negado o acesso a hospitais

especializados. Precisar-se o momento do início da vida e identificar a dignidade de quem ela deve ser priorizada é um desafio, que, para ser sanado, justifica a análise sobre se é possível a adoção do parto anônimo como uma forma de compatibilizar os direitos da gestante com os do ascendente, evitando a contradição entre as leis que versam sobre liberdade reprodutiva e sobre a proteção da criança.

### 3 O PARTO ANÔNIMO E A PREVENÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS RECÉM-NASCIDOS

Na redação do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), encontram-se elencados os deveres da família, da sociedade e do Estado, perante a criança, o adolescente e o jovem: assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, protegendo-os de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Dois desses direitos merecem destaque para a presente problemática: o direito à vida e à convivência familiar.

Os deveres inerentes à maternidade se pautam nos princípios da solidariedade e do melhor interesse da criança, visando a garantir que a criança desfrute do seu direito à vida de modo eficaz e digno, entretanto, numa ponderação entre o direito à vida e o direito à convivência familiar, o primeiro deve prevalecer, e, em regra, não é passível de relativização; tanto é verdade que a adoção é instituto lícito e com previsão expressa no Código Civil. Em face dessa perspectiva, questiona-se se a instituição do parto anônimo seria mais um exemplo de alternativa que pode ser utilizada para se proteger a existência, em detrimento da convivência em família, evitando o abandono, os maus-tratos e o infanticídio, condutas tipificadas no Código Penal, mas tão comumente noticiados na realidade brasileira.

Dispõe o artigo 136 do Código Penal (BRASIL, 1940) que a exposição a perigo da vida ou da saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância é punível com pena de detenção, de dois meses a um ano, ou multa, podendo ser aumentada se resultar em lesão corporal grave ou morte. Já a morte do filho causada pela mãe, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após, é punível, conforme preceitua o artigo 123 do mesmo diploma, com detenção de dois a seis anos.

Outra conduta típica que diz respeito ao dever de guarda dos pais está prevista no artigo 133 (BRASIL, 1940), o qual estabelece a pena de detenção de seis meses a três anos, para quem abandonar pessoa que esteja sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: ademais, o 3º, II, alerta que as penas aumentam-se de um terço, se o agente for ascendente da vítima. Ademais, mais especificamente em relação à matéria, o artigo 134 tipifica a exposição ou abandono de recém-nascido, para ocultar desonra própria, expressando como pena a detenção de seis meses a dois anos, sendo aumentada, se causar lesão corporal grave ou morte (BRASIL, 1940).

Da exegese dos excertos do diploma penalista, verifica-se o reconhecimento da vulnerabi-

lidade da criança, e mais propriamente do recém-nascido, bem como se confessa que condutas de abandono ou maus-tratos são capazes de inclusive ceifar a vida dos indefesos e se evidencia o risco que o estado puerperal da mãe pode causar para os seus filhos, inferindo-se, portanto, a necessidade de acompanhamento médico e psicossocial.

Assim como se constatou com o abortamento, a previsão de tais condutas típicas não as impede de acontecerem. A máxima popular segundo a qual o amor materno aflora ao se ter o primeiro contato com o filho não é compatível com a realidade de mulheres que vivem apartadas da sociedade, muitas vezes sob efeito de entorpecentes e álcool. Nesse sentido, Albuquerque (2008, p. 149) alerta que, apesar de o planejamento familiar pressupor o acesso aos meios de contracepção e à informação em tempo real, bem como a elaboração de políticas públicas afirmativas, capazes de controlar a natalidade e reduzir o abandono de crianças, o plano dos fatos se contradiz com esse plano jurídico, já que há pessoas excluídas de qualquer traço de dignidade e de cidadania, vivendo na miséria, que de fato não exercem a autonomia sobre seu corpo e sobre sua sexualidade.

Tampouco o mito do amor materno se coaduna com outra realidade diametralmente oposta, das mulheres abastadas, mas para as quais a gravidez proveniente de um relacionamento infiel colocaria em risco seus planos pessoais, ou seu *status* perante a sociedade. Não se está justificando a prática, já que para tais pessoas, o acesso aos meios contraceptivos não é de grande impasse, mas se está alertando para uma realidade fática, que existe independentemente do esforço do legislador brasileiro em punir a sua realização. Admitir a existência do problema social é o primeiro passo para se buscar meios legais para coibi-los.

Os porquês de as mães, por muitas vezes, não fazerem uso dos meios legais para dispor os filhos para adoção são os mais diversos, considerando-se a individualidade de cada uma. Julgá-las com um preconceito *a priori* não é atitude que se coaduna com a universalidade dos direitos humanos. Nessa perspectiva, pode-se afirmar, conforme dizeres de Motta (2006, p. 21), que “configura-se assim a postura paradoxal que caracteriza a atitude em relação a essas mulheres no decorrer de todo o processo: de um lado, a expectativa para que a entrega se concretize; de outro, a censura feroz em relação à mesma.”

Ademais, outros fatores contribuem para o distanciamento entre as mulheres que abandonam seus filhos e as instituições que poderiam acolhê-los, tais como o despreparo dos profissionais do sistema socioeducativo; a demora para se concretizar a adoção institucionalizada, o que resulta no abandono de crianças nas portas de residências, para serem adotadas rapidamente por dada família; e a necessidade do anonimato necessário à manutenção do segredo da existência da gestação (LIMA, 2011, p. 36). Nesse diapasão, o mito do amor materno influencia na construção de estigmas contra as mães que visam a entregar os seus filhos, o que, muitas vezes, dificulta a entrega oficial para adoção. Ao se tomar o conceito de abandono na concepção de enjeitar, esquece-se que muitas entregas são protetivas da criança (MOTTA, 2006, p. 28).

O amor gratuito que causa um recém-nascido, pelo simples fato de existir, na maio-

ria das pessoas volta-se em ódio para a mãe que o abandonou, impedindo um julgamento contextual das condições em que ela se insere e, na maioria dos casos de abandono, tanto a criança quanto a genitora são vítimas das circunstâncias desfavoráveis, de modo que existe uma vulnerabilidade dupla, que, apesar de nem sempre ser reconhecida, pode ser constatada nas notícias divulgadas na mídia sobre crianças abandonadas.

Na China, país conhecido pelos problemas populacionais, de acordo com notícia publicada na agência de notícias BBC (CHINA..., 2014), o Centro Chinês para o Bem-Estar e Adoção das Crianças inaugurou mais de duas dezenas de postos para abandono de bebês, desde 2011. As crianças são colocadas em uma incubadora, dez minutos após alguém pressionar o botão de alarme, um funcionário recolherá o bebê para a adoção. Cumpre ressaltar que, no país, o abandono também é ilegal, no entanto as autoridades sanitárias defendem que as incubadoras proporcionam um ambiente seguro, aumentando as chances de sobrevivência dos recém-nascidos. A medida foi tão procurada pela população, que um dos postos, em Guangzhou, recebeu 79 bebês nos primeiros 15 dias de funcionamento.

No contexto brasileiro dos séculos XVIII e XIX, o frequente abandono e a exposição dos recém-nascidos nas principais cidades e vilas ensejaram a utilização de um instrumento que primeiramente se destinava a preservar o anonimato da caridade cristã na Idade Média, mantido pelas Misericórdias, também chamadas Santas Casas, o qual, posteriormente, passou a ser utilizado para acolher recém-nascidos abandonados, em muitos casos ilegítimos, “frutos do pecado”. O instrumento tratava-se de uma caixa cilíndrica, que girava sobre um eixo vertical, para que os doadores, geralmente penitentes, colocassem na parte externa alimentos, remédios e mensagens, e, quando giravam a roda, as doações eram transportadas para o interior da instituição. O artefato continuou sendo o mesmo, mas passou a ser utilizado para o transporte de crianças que seriam abandonadas e passou a ser conhecido como roda de expostos (TRINDADE, 1999).

Nesse sentido, o instituto possui como vantagem a proteção da vida e a saúde da mãe e da criança, pois, ao garantir o anonimato da genitora, desestimula o abortamento tardio e o infanticídio, tratando-se, pois, de uma necessidade social (CARLUCCI, 2004, p. 78). Urgente se mostra a ampliação das possibilidades a serem apresentadas às gestantes que ostentam uma gravidez involuntária, para retirá-las da marginalização da imposição de condutas tidas como corretas pela maioria tratando-as como pessoas, alvos da proteção do Direito, dotadas de dignidade e de individualidade, sujeitos de direitos da personalidade, de direitos fundamentais e humanos.

Com base nessa perspectiva, tramitaram no Brasil o Projeto de Lei nº 2.834, proposto por Carlos Bezerra; o Projeto de Lei nº 3.220, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro e o Projeto de Lei nº 2.747, de autoria do Deputado Eduardo Valverde, todos datados de 2008. O primeiro projeto, mais sucinto, previa a conceituação do parto anônimo, como sendo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixaria a criança na maternidade, para ser encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência, para fins de adoção.

Proposto na Câmara dos Deputados, o PL 3.220 tinha o fito de instituir o parto anônimo no Brasil, assegurando à mãe a possibilidade de não assumir a maternidade da criança gerada; garantindo à mulher a realização de pré-natal e parto de forma gratuita e a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde. Interessante teor contido na propositura diz respeito às questões de ordem prática, visto que o dispositivo 9º expressava que a criança seria registrada pelo Juizado da Infância e da Juventude com um registro civil provisório, recebendo um prenome, e que não seriam preenchidos os campos reservados à filiação; ademais, o artigo 11 estabelecia a impossibilidade de a mulher submetida ao parto anônimo, ser autora ou ré em qualquer ação judicial de estabelecimento da maternidade.

Os projetos em questão foram apensados ao PL 2.747 (BRASIL, 2008b), que visava a criar mecanismos para coibir o abandono materno e discorria sobre o instituto do parto anônimo, incumbindo às unidades gestoras do Sistema Único de Saúde a obrigação de criarem um programa específico para o acompanhamento e a realização do parto anônimo. Entretanto, em junho de 2011, os projetos de lei foram arquivados, impedindo a evolução da matéria na realidade jurídica brasileira.

A relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, deputada Rita Camata, defendeu que, com base no reconhecimento constitucional da criança como sujeito de direitos; na prioridade absoluta das crianças para a família, a sociedade e o Estado; baseando-se no direito do indivíduo obter as informações referentes à sua pessoa e ao seu passado, o parto anônimo não seria passível de acolhimento, já que há a opção de se instituir a adoção, logo após o parto, e já que toda mulher já tem direito à assistência médica. A comissão rejeitou por unanimidade as proposições de alteração legislativa.

Quanto à alegação de ser desnecessário o parto anônimo e a implementação de programas de saúde especificamente destinados ao apoio à gestante, mostra-se gritante a sua incongruência com a realidade expressada no cotidiano do Brasil e comprovada pelos dados estatísticos da Organização Mundial de Saúde. É sabido que a saúde sexual e reprodutiva é tema da Lei 9.263, datada de 1996 (BRASIL, 1996), que regulamentou o direito ao planejamento familiar, prevendo, dentre os serviços a serem disponibilizados para a mulher, a assistência à concepção e à contracepção; o atendimento ao pré-natal, ao parto, ao puerpério, também prevendo assistência ao neonato. Entretanto, carecem de eficácia social os ditames previstos na lei já em vigor, de modo que, se fosse estabelecido um programa específico para tal fim, haveria uma possibilidade maior de preservar a mãe e o fruto de sua concepção.

Ademais, ainda no que toca ao pronunciamento da relatora, há de se frisar que, já que o parto anônimo preconiza justamente a tutela da criança, com base em informações sociais realísticas, dessa forma, é óbvio que a considera como sujeito de direitos. Coadunando com esse pensamento, Albuquerque (2008, p. 153) afirma que o instituto deve ser enfrentado como uma política pública de proteção à criança, em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal.

Defende, ainda, a relatora da Comissão ser inadequado determinar aos estabelecimentos de saúde responsabilidades e atribuições que não lhes dizem respeito, como o encaminhamento de filhos anônimos para adoção, sem a intervenção do Ministério Público e das Varas de Infância e da Juventude, instituições competentes para atuar nesses casos. Ora, designar novos corresponsáveis pelo manejo inicial dos trâmites burocráticos em relação ao parto anônimo não implica eximir de responsabilidade e de atuação os promotores de justiça e os juízes, mas sim em solicitar a cooperação integrada de ambos, para que, em conjunto com a equipe multidisciplinar de saúde, ofereçam à mãe e ao recém-nascido todo o respaldo de que necessitem.

Inicialmente, caberia à Comissão de Seguridade Social e Família a análise do mérito, e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a apreciação da constitucionalidade, juridicidade e da técnica legislativa, mas, devido ao fato de ter sido apensado o PL nº 3.220/2008, o despacho inicial foi revisto pelo Presidente da Casa, para que ele também se manifestasse sobre o mérito e para que as proposições fossem apreciadas pelo Plenário.

O deputado Luiz Couto, relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, entende que todos os projetos afetam o direito constitucional da criança à proteção integral, prevista no art. 227 da Carta Maior; que contraria o direito à informação e a garantia de convivência familiar. Entende que a não responsabilidade civil e criminal da mãe que opte pelo parto anônimo implica violar a proibição de que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito individual e alega que o instituto contraria o sistema de proteção integral à criança e ao adolescente.

Quanto ao mérito, apesar de reconhecer a importância dos propósitos que embasaram as proposições legais, afirma que a adoção do parto anônimo seria um retrocesso ao tempo das “rodas de enfeitados” medievais, época em que o anonimato era importante devido ao fato de a maternidade fora do casamento ser considerada socialmente abominável, assim como seus frutos. O relator afirma que, na atual conjuntura social, na qual a maternidade fora do casamento não é mais vista como maldição ou nódoa, seria um absurdo se retornar a esses tempos de discriminação. Nesses termos, a comissão em enfoque opinou pela inconstitucionalidade, injuridicidade, falta de técnica legislativa e pela rejeição do Projeto de Lei nº 2.747/2008 (BRASIL, 2008b) e, no mérito, pela rejeição dos Projetos de números 2.834 e 3.220.

O que aparentemente foge à percepção do relator é que a pretensão do parto anônimo não é incentivar a desresponsabilização de qualquer pessoa que lese direito individual, mas é a de contextualizar a mulher, que é tida como agressora, dentro da sua realidade de vulnerabilidade. O julgamento míope de uma sociedade que parece só enxergar problemas se estes estiverem acontecendo dentro da sua classe social (e com pessoas que lhe são próximas) desumaniza a análise das mães abandonadas, dos pontos de vista financeiro e social. Acusar e incriminar parecem ser posturas mais verossímeis que a busca pela compreensão dos motivos dos outros.

Por mais que a visão da mãe solteira não seja tão maculada de estigmas como era na época medieval, dizer que não há preconceitos e que o parto anônimo implicaria retomar uma discriminação hoje inexistente são afirmações que não condizem com a realidade brasileira.

Ora, se não houvesse discriminação, se existisse amparo suficiente legal e social, os números de casos de abandono de crianças e de abortamento não seriam tão alarmantes como verdadeiramente o são.

#### 4 A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA DO NASCIDO DE PARTO ANÔNIMO EM PROL DA PRESERVAÇÃO DA VIDA

Na Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), no artigo quinto, é possível encontrar-se embasamento para o direito de informação, tanto no inciso XIV, que dispõe genericamente sobre esse direito; quanto no XXXIII, o qual preceitua ser direito de todos receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, sob pena de responsabilidade, mas prevê que são ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, ou seja, em outros termos, já alerta que se trata de direito não absoluto.

Em relação especificamente à criança, a Lei nº 8.069, de 1990 (BRASIL, 1990b), que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê, em seu artigo 10, ser obrigação dos hospitais e dos demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes a manutenção de registro das atividades desenvolvidas, por meio de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; bem como efetuar a identificação do recém-nascido, mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe; e fornecer declaração de nascimento em que constem, necessariamente, as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato, entre outros deveres.

Como se pode constatar, há a preocupação em manutenção de dados das crianças, inclusive no tocante à identificação da genitora, coadunando com os artigos 15 e 17 do mesmo diploma, que preveem, respectivamente, a dignidade da criança e do adolescente, devido ao seu reconhecimento como sujeitos de direitos; e a preservação da imagem, da identidade. É com base nesses dispositivos que se fundamenta o direito à ascendência biológica, ou à ancestralidade genética, ou de forma mais simples, direito a conhecer sua origem biológica, que transcende o direito a ter acesso a uma tabela de dados expresse a prospecção genética para contrair determinadas enfermidades, para abranger também o direito a conhecer a identidade da gestante.

No entanto, cumpre salientar que, conforme expressa Campos (2008, p. 84), há situações em que a criança pode ter o direito de conhecer os seus progenitores, mas não tem o direito de ser reconhecida por eles, no sentido de não caber obrigações parentais perante ela. É sob essa perspectiva que Paiva (2016, p. 104) defende que, independentemente se a reprodução é natural ou assistida, não se pode retirar do filho o direito de investigar a sua ancestralidade, por esse direito decorrer do princípio da dignidade da pessoa humana e ser ligado à sua identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à integridade da saúde física e mental.

Ainda sobre a informação, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990 (BRASIL, 1990a), estabelece no seu sétimo artigo, item 1, que, imediatamente

após seu nascimento, a criança deverá ser registrada, incumbindo-lhe o direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles. Ora, esse artigo, que foi suscitado nos pareceres das Comissões de Seguridade Social e Família e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para respaldar negatória ao parto anônimo, em nada se contradiz com o instituto. De grande razoabilidade é que se priorize, quando for possível, que a criança não só conheça seus pais, mas também goze da educação advinda deles; em uma concepção ideal, o melhor local em que uma criança pode ser inserida, é em seu seio familiar. Entretanto, no dispositivo, alerta-se que nem sempre essa postura é possível, abrindo margem para se relativizar o direito, em face de outro de maior hierarquia.

Em complemento, o artigo seguinte, no seu item 2, prevê o dever de atuação estatal de assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade, na hipótese em que a criança venha a ser privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade. Desse modo, evidencia a preconização da atuação do Estado na proteção da identidade da criança, argumento este que é utilizado para se priorizar o direito à ascendência biológica e para se repudiar o parto anônimo.

Devido ao fato de o anonimato fazer parte da designação do instituto, em uma visão não fundamentada, pode-se acreditar que se nega o total conhecimento do nascido do parto anônimo sobre seu nascimento, entretanto há que se ponderar que um dos projetos de lei sobre a matéria que foram arquivados, o PL 3220 (BRASIL, 2008a), visava a estabelecer, conforme seu artigo 6º, que a mulher deveria fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, dados que permaneceriam em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto, sendo passíveis de revelação a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial.

Para que haja o pleno reconhecimento da personalidade jurídica, não é possível limitar-se a identificação da pessoa no tocante ao sexo, ao estado ou à sua filiação legal, ignorando características que são capazes de afetar sua identidade cultural, ou seja, sua verdade biográfica. Em um Estado Democrático de Direito, o direito a conhecer sua origem biológica trata-se de um direito fundamental, derivado da dignidade e da identidade da pessoa, já que o indivíduo é individualizado na sociedade pelo conjunto de atributos e informações de caráter biológico e outras, que dizem respeito a sua personalidade própria (MARTÍNEZ, 2005, p. 80).

É evidente que não é compatível com o parto anônimo o mesmo rol qualitativo e quantitativo de informações previstos no ECA, no entanto também não é condizente com a Constituição se cegar para o número de mulheres que morrem por práticas abortivas em ambientes insalubres e sobre as quais aparentemente a lei só se ocupa para punir; mulheres estas, que, quando não efetuam o abortamento, levam a gravidez a termo, mas abandonam suas crias, muitas vezes como um gesto de amor, com a esperança de que, longe delas, encontrem melhores condições de vida.

É em face dessas situações paradoxais, que os direitos se concretizam por meio de esforços de ponderação. Se o direito à vida é o mais supremo dentre os direitos fundamentais, do qual

decorrem todos os demais, pode-se afirmar que, apesar da importância que ostenta o direito a conhecer as origens genéticas, inerente ao nascido do parto anônimo, a negatória a tal direito secundário se justifica quando a sua mitigação implicar preservação da vida.

A legalização do parto anônimo resulta em afirmar que basta a vontade da mãe, para que a criança seja retirada de sua família biológica, eliminando suas possibilidades de estabelecer vínculos filiativos e de conhecer a sua origem genética (CARLUCCI, 2004, p. 79). O ponto mais controvertido do parto anônimo pode aparentar ser o de ignorar qualquer posicionamento do pai, entretanto, da análise das práticas do abortamento e do abandono de crianças, vê-se em ambas as hipóteses que a iniciativa seria individual da gestante, desse modo, o instituto não contribuiria para a exclusão do pai, que já seria excluído de toda forma. Ademais, há de se frisar que, em muitos casos, a exclusão foi prévia, mas partiu do homem genitor que se recusou antecipadamente a arcar com suas responsabilidades, deixando a mulher a ermo.

## 5 CONCLUSÕES

A minoria silenciosa das mulheres sem respaldo para a gestação alarma por meio dos seus gestos, enquanto os legisladores afirmam que o Brasil apresenta um cenário favorável para o desenvolvimento da gestação e para o estímulo da oferta de filhos para adoção.

O abortamento é uma realidade, assim como o é o abandono de neonatos. A autonomia individual é priorizada pelas mulheres, sendo de pouca efetividade os dispositivos do Código Penal que visam a desestimular as práticas, evidenciando uma contradição entre o que está positivado e as reais necessidades sociais.

O Direito, como instrumento para a concretização da moral, não deve representar a opinião uníssona de quem for detentor de maior poder. A grande incumbência das Ciências Jurídicas é a de tutelar os vulneráveis, destinando a eles um trato isonômico, de modo a equipará-los aos que se encontram em posição mais favorável, seja econômica, seja social; e, na problemática em questão, há vulneráveis nos dois polos, a mãe e o filho.

O contexto de exclusão em que se inserem as mulheres que se submetem a cometer crimes tipificados contra a sua prole deve ser considerado. As condutas ilícitas, conforme a legislação em vigor, são feitas no silêncio e como consequência do abandono, pautadas em uma pluralidade de razões individuais. O fato é que permeia nessas gestantes a dúvida de saber se terão uma segunda chance social, na comunidade que hipocritamente afirma apoiar as mães solteiras, que diz acreditar que os estigmas da maternidade solitária foram legados à Idade Média.

Desincumbir-se dos deveres maternos, paradoxalmente, pode ser um ato de afeto e de cuidado, e, acima de tudo, um gesto de salvação. O neonato que seria abandonado, sem proteção alguma, em situação de hipervulnerabilidade e com poucas chances de sobrevivência, será salvo por meio das estruturas de acolhida, sem que para tanto, a mãe tenha que pagar com a sua exposição.

Ademais, o parto anônimo mostra-se uma alternativa para salvar a vida das mulheres que, devido aos desafios da descriminalização do abortamento, o praticam clandestinamente em situações insalubres, bem como, por ser uma alternativa à gestante desesperada e despreparada, pode vir a contribuir para a opção por manutenção da gravidez, segura de que conseguirá o anonimato ao seu termo.

Normas voltadas para um mundo ideal não são suficientes para reger o mundo real. Há a necessidade de adequação entre necessidades sociais e as previsões legais, para que se garanta a efetividade do corpo normativo, sendo, portanto, injustificável o arquivamento dos projetos de lei que disciplinam o parto anônimo, já que se trata de instituto plenamente condizente com os direitos à liberdade sexual e reprodutiva, planejamento familiar, tutela da vida e proteção da criança.

## THE RIGHT TO KNOW THE BIOLOGICAL ANCESTRY VERSUS THE PREVENTION OF ABORTION AND CRIMES AGAINST NEWBORNS: ANALYSIS BASED ON ANONYMOUS DELIVERY

### ABSTRACT

Anonymous delivery refers to the legal contents of law that guarantees to pregnant women the possibility of anonymously giving their newborns to adoption, and losing their duties or rights related to these descendants, through a procedure designed to immediately put the child under the custody of the corresponding welfare institution, as well as protecting the secrecy of the genitor's identity. Anonymous delivery was implemented in many countries, but not yet in Brazil. Thus, this article aims to address the suitability of the legal contend and categories related to the anonymous delivery to the Brazilian legal system, regarding the effect of the anonymous delivery law on the frequency of neonaticide, abandonment and illegal abortions practices, since the genitor's identity is protected. For this purpose, the method of qualitative study was used, through observation, data collection and analysis of bibliographical and documentary data; the inductive-deductive method and the teleological, systematic, and sociological hermeneutical methods.

**Keywords:** Anonymous Delivery. Abortion. Newborn Abandonment.

## EL DERECHO A LA ANCESTRALIDAD GENÉTICA VERSUS PREVENCIÓN AL ABORTAMIENTO Y A LOS CRÍMENES CONTRA LOS NEONATOS: ANÁLISIS CON BASE EN EL PARTO ANÓNIMO

### RESUMEN

El parto anónimo se traduce como la liberalidad atribuida a la gestante para asegurar su anonimato al dar a luz un niño y colocarlo para la adopción, huyendo de los derechos o deberes sobre su descendiente, de modo inmediato, sin identificación personal de la madre. Aunque sea adoptado en algunos países, no lo es en Brasil. El presente artículo se ha destinado a verificar la compatibilidad del parto anónimo con el ordenamiento jurídico brasileño, a fin de evaluar si es una solución buena y eficaz para evitar o disminuir los casos de aborto y crímenes contra los neonatos, ya que preserva la identidad de las madres. Para ello, se ha utilizado el método de estudio cualitativo, por medio de observación, recolección y análisis de datos bibliográficos y documentales; el método inductivo-deductivo y los métodos hermenéuticos teleológico, sistemático y sociológico.

**Palabras clave:** Parto anónimo. Aborto. Abandono de los recién nacidos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos? **Revista Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 1, p. 143-159, dez./jan. 2008.

BRAMATTI, Daniel; TOLEDO, José Roberto de. Ibope: quase 80% são contra legalizar maconha e aborto. **Estadão**, São Paulo, 4 set. 2014. Disponível em: <<http://politica.estado.com.br/noticias/geral,ibope-quase-80-sao-contralegalizar-maconha-e-aborto,1554665>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 16 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1990a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.220, de 9 de abril de 2008. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, 2008a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=389933>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.747, de 2008. **Câmara dos Deputados**, 2008b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382874&ord=1>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 2.747-A, de 2008. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, v. 66, n. 98, jun. 2011. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08JUN2011.pdf#page=437>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Onnipotência do Sujeito**. Coimbra: [s.n.], 2008.

CARLUCCI, Aída Kmelmajer de. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación: a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, em el caso “Odièvre v. France”. In: GROSMAN, Cecilia (Dir.). **Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia – Relaciones entre Padres e Hijos**. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2004.

CHINA inaugura novos postos para abandono de bebês. **BBC Brasil**, 17 fev. 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140217\\_china\\_abandono\\_postos\\_lgb](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140217_china_abandono_postos_lgb)>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção americana sobre direitos humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. **CIDH**, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O Direito ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Educação como Elemento Indispensável. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 77-105, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1787/591>>. Acesso em: 30 maio 2018.

LIMA, Auricéa Xavier de Souza. “Mães más”: um olhar sobre o abandono. *Gênero*, Niterói, v. 11, n. 2, p. 29-44, 2011.

MARTÍNEZ, Catalina Merino. **El derecho a conocer el propio origen biológico**: el la procreación asistida heteróloga. Bogotá: Editorial Leyer, 2005.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. As mães que abandonam e as mães abandonadas. In: SCHETTINI FILHO, Luiz; SCHETTINI, Suzana Sofia (Orgs.). **Adoção**: os vários lados dessa história. Recife: Bagaço, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Mulheres e saúde**: evidências de hoje, agenda de amanhã. 2011. Disponível em: <[http://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres\\_Saude.pdf?ua=1](http://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres_Saude.pdf?ua=1)>. Acesso em: 6 fev. 2018.

PAIVA, Alcymar Rosa. **O direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**. 2016. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PITANGUY, Jacqueline. Advocacy e direitos humanos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Orgs.). **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 171-194, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/996/391>>. Acesso em: 30 maio 2018.

TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v.19, n. 37, p. 35-58, 1999.

VENTURA, Miriam. Saúde feminina e o pleno exercício da sexualidade e dos direitos reprodutivos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Orgs.). **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

RELAÇÃO DOS PARECERISTAS DAS EDIÇÕES N. 22 (JAN./JUN. 2018) E  
N. 23 (JUL./DEZ. 2018) DA REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

Alexandre Fernandes Dantas	Universidade Estácio de Sá, UNESA,	Rio de Janeiro	RJ	Brasil
Aluer Baptista Freire Junior	Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas, FADILESTE,	Reduto	MG	Brasil
André Karam Trindade	Faculdade de Guanambi, UNIGF,	Guanambi	BA	Brasil
André Leonardo Copetti Santos	Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI,	Ijuí	RS	Brasil
André Parmo Folloni	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR,	Curitiba	PR	Brasil
André Studart Leitão	Centro Universitário Christus, UNICHRISTUS,	Fortaleza	CE	Brasil
Antonio Celso Baeta Minhoto	Universidade Cruzeiro do Sul, UNICSUL,	São Paulo	SP	Brasil
Artenira da Silva e Silva	Universidade Federal do Maranhão, UFMA,	São Luís	MA	Brasil
Austréia Magalhães Candido da Silva	Fundação Getúlio Vargas, FGV,	São Paulo	SP	Brasil
Barbara Bedin	Faculdade da Serra Gaúcha, FSG,	Caxias do Sul	RS	Brasil
Bruna Estima Borba	Faculdade Damas	Recife	PE	Brasil
Bruno Queiroz Oliveira	Centro Universitário Christus, UNICHRISTUS,	Fortaleza	CE	Brasil
Cândice Lisbôa Alves	Universidade Federal de Uberlândia, UFU,	Uberlândia	MG	Brasil
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ,	Rio de Janeiro	RJ	Brasil
Carolina Genovez Parreira	Universidade Federal Fluminense, UFF,	Niterói	RJ	Brasil
Clara Cardoso Machado Jaborandy	Universidade Tiradentes, UNIT	Aracaju	SE	Brasil
Claudio Smirne Diniz	Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, FEMPAR,	Curitiba	PR	Brasil
Daniela Bucci	Universidade Municipal de São Caetano do Sul, USCS,	São Caetano do Sul	SP	Brasil
Daniele Alves Moraes	Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação de Uberlândia, ESAMC,	Uberlândia	MG	Brasil
Deilton Ribeiro Brasil	Fundação Universidade de Itaúna, FUIT,	Itaúna	MG	Brasil
Diógenes Vicente Hassan Ribeiro	Universidade La Salle – Canoas, UNILASALLE	Canoas	RS	Brasil

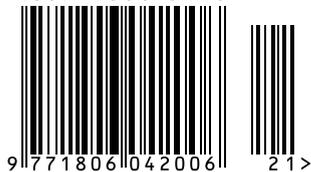
Elaine Harzheim Macedo	Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS,	Porto Alegre	RS	Brasil
Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel	Universidade de Brasília, UNB,	Brasília	DF	Brasil
Elisaide Trevisam	Escola Paulista de Direito, EPD,	São Paulo	SP	Brasil
Eliseu Raphael Venturi	Universidade Federal do Paraná, UFPR,	Curitiba	PR	Brasil
Everton das Neves Gonçalves	Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC,	Florianópolis	SC	Brasil
Felipe Dalenogare Alves	Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC,	Santa Cruz do Sul	RS	Brasil
Fernanda Andrade Almeida	Universidade Federal Fluminense, UFF,	Niterói	RJ	Brasil
Fernanda da Silva Lima	Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC,	Criciúma	SC	Brasil
Fernando de Brito Alves	Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP,	Jacarezinho	PR	Brasil
Fernando Rister	Universidade Presbiteriana Mackenzie,	São Paulo	SP	Brasil
Flávio Garcia Cabral	Escola de Direito do Ministério Público, EDAMP,	Campo Grande	MS	Brasil
Francisco Seraphico da Nóbrega Coutinho	Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, ESMARN,	Natal	RN	Brasil
Gustavo Silveira Borges	Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC,	Criciúma	SC	Brasil
Heloísa Gomes Medeiros	Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, UNDB,	São Luís	MA	Brasil
Henrique Abel	Abel Advogados. Pesquisador associado Conpedi,	Novo Hamburgo	RS	Brasil
Ilnah Toledo Augusto	Centro Universitário Nossa Senhora do Patrocínio, CEUNSP,	Itu	SP	Brasil
Irineu Francisco Barreto Junior	Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, FMU,	São Paulo	SP	Brasil
Isaac Costa Reis	Universidade de Brasília, UNB,	Brasília	DF	Brasil
Isael José Santana	Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS,	Paranaíba	MS	Brasil
Ivo Basilio da Costa Junior	Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ,	Rio de Janeiro	RJ	Brasil
Ivo César Barreto de Carvalho	Centro Universitário Christus, UNICHRISTUS,	Fortaleza	CE	Brasil
Jonathan Cardoso Régis	Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI,	Itajaí	SC	Brasil
José Filomeno de Moraes Filho	Universidade de Fortaleza, UNIFOR,	Fortaleza	CE	Brasil
Juliane Caravieri Martins	Universidade Federal de Uberlândia, UFU,	Uberlândia	MG	Brasil

Karoline Marchiori de Assis	Faculdade de Direito de Vitória (FDV)	Vitória	ES	Brasil
Leila Arruda Cavallieri	Rede Brasileira de Pesquisadores em Direito Internacional, RBPDI,	Rio Grande do Sul	RS	Brasil
Leonardo Netto Parentoni	Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG,	Belo Horizonte	MG	Brasil
Leticia Mousquer Ritter	Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI,	Santo Ângelo	RS	Brasil
Loiane Prado Verbicaro	Centro Universitário do Estado do Pará, CESUPA,	Belém	PA	Brasil
Luís Henrique Bortolai	Faculdade Metropolitana de Campinas, METROCAMP,	Campinas	SP	Brasil
Mara Vidigal Darcanchy	Universidade Ibirapuera, UNIB,	São Paulo	SP	Brasil
Marcelo Negri Soares	Centro de Ensino Superior de Maringá, CESUMAR,	Maringá	PR	Brasil
Márcio Ricardo Staffen	Faculdade Meridional, IMED,	Passo Fundo	RS	Brasil
Maria Célia da Silva Gonçalves	Faculdade do Noroeste de Minas, FINOM,	Minas Gerais	MG	Brasil
Marialice Antão de Oliveira Dias	Faculdade de Rondônia, FARO,	Porto Velho	RO	Brasil
Mariane Camargo D'Oliveira	Universidade Feevale, FEEVALE,	Novo Hamburgo	RS	Brasil
Marilda de Paula Silveira	Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília, IDP,	Brasília	DF	Brasil
Mário Lúcio Garcez Calil	Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS,	Paranaíba	MS	Brasil
Marli Marlene Moraes da Costa	Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC,	Santa Cruz do Sul	RS	Brasil
Mayra Thais Andrade Ribeiro	Universidade José do Rosário Vellano, UNIFENAS,	Belo Horizonte	MG	Brasil
Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis	Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP,	Piracicaba	SP	Brasil
Oksandro Osdival Gonçalves	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR,	Curitiba	PR	Brasil
Peter Panutto	Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC Campinas,	Campinas	SP	Brasil
Rafael Zelesco Barretto	Escola de Guerra Naval, EGN,	Rio de Janeiro	RJ	Brasil
Renata Albuquerque Lima	Centro Universitário Christus, UNICHRISTUS,	Fortaleza	CE	Brasil
Renata Oliveira Almeida Menezes	Universidade Federal de Pernambuco, UFPE,	Recife	PE	Brasil
Ricardo Augusto de Araújo Teixeira	Universidade Federal de Lavras, UFLA,	Lavras	MG	Brasil
Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas	Universidade de Pernambuco, UPE,	Recife	PE	Brasil

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	Universidade Nove de Julho, UNINOVE,	São Paulo	SP	Brasil
Rosane Leal da Silva	Universidade Federal de Santa Maria, UFSM,	Santa Maria	RS	Brasil
Silvio Beltramelli Neto	Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC Campinas,	Campinas	SP	Brasil
Suelen da Silva Webber	Faculdade da Serra Gaúcha, FSG,	Caxias do Sul	RS	Brasil
Thami Covatti Piaia	Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões, URI,	Santo Angelo	RS	Brasil
Thiago Felipe de Souza Avanci	Universidade Presbiteriana Mackenzie, MACKENZIE,	São Paulo	SP	Brasil
Thiago Ribeiro de Carvalho	Nova Faculdade, NF,	Contagem	MG	Brasil
Valter Moura do Carmo	Universidade de Marília, UNIMAR,	Marília	SP	Brasil
Yvete Flávio da Costa	Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, UNESP,	Franca	SP	Brasil



ISSN 1806-0420



9 771806 104200 6 2 1 >