

V. 15 N. 3  
SET-DEZ 2019  
ISSN 2317-6172

**34**

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA  
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

**REVISTA DIREITO GV**

# Revista **DIREITO GV**

ISSN 2317-6172

V. 15 N. 3 SET-DEZ 2019

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

APOIO:



Ministério da  
Ciência, Tecnologia  
e Inovação



Ministério da  
Educação



REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO  
GETULIO VARGAS. - VOL. 15, N. 3 [SET-DEZ 2019] - SÃO PAULO:  
FGV DIREITO SP, 2005-  
V.

QUADRIMESTRAL

EDITORES: CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-  
[ATUAL]; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014.

VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL  
A PARTIR DE 2016

DISPONÍVEL EM: [HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/  
OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/index)

ISSN 2317-6172

1. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 2. RODRIGUEZ,  
JOSÉ RODRIGO. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO  
GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34  
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA **CREATIVE COMMONS  
ATRIBUIÇÃO-NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL**, EXCETO ONDE  
ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E  
REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO  
COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DE SUA FONTE.



**CORRESPONDÊNCIA**

RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR – BELA VISTA  
CEP 01330-000 – SÃO PAULO – SP – BRASIL  
TEL. (11) 3799-2172  
EMAIL: [REVISTADIREITOGV@FGV.BR](mailto:REVISTADIREITOGV@FGV.BR)  
DIREITOSP.FGV.BR

# Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 15 n. 3 SET-DEZ 2019

## **EDITORA-CHEFE**

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

## **CONSELHO EDITORIAL**

ALBERTO DO AMARAL JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

ÁLVARO P. PIRES – *UNIVERSITY OF OTTAWA (CANADÁ)*

CHARLES FREDERICK SABEL – *COLUMBIA UNIVERSITY (EUA)*

DAMIAN CHALMERS – *THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (INGLATERRA)*

DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

DAVID TRUBEK – *UNIVERSITY OF WISCONSIN (EUA)*

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

GREGORY SHAFFER – *UNIVERSITY OF CALIFORNIA (EUA)*

HANS-JÖRG ALBRECHT – *MAX-PLANK INSTITUTE (ALEMANHA)*

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO – *UNIVERSITAT DE BARCELONA (ESPANHA)*

JOSÉ EDUARDO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA (PORTUGAL)*

JOSÉ MARÍA DE AREILZA CARVAJAL – *ESADE, UNIVERSIDAD RAMON LLULL (ESPANHA)*

JOSEP JOAN MORESO – *UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPANHA)*

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA – *UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL)*

KEITH S. ROSENN – *UNIVERSITY OF MIAMI (EUA)*

MARCOS SEVERINO NOBRE – *UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (BRASIL)*

MARIA TEREZA SADEK – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER – *UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)*

MIGUEL POIARES MADURO – *EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (ITÁLIA)*

MIGUEL REALE JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

RAFFAELE DE GIORGI – *UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA)*

ROGELIO PÉREZ-PERDOMO – *UNIVERSIDAD METROPOLITANA (VENEZUELA)*

SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN – *UNIVERSIDAD CATÓLICA NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN (PARAGUAI)*

## **REDAÇÃO**

### **ASSISTENTES EDITORIAIS**

LEILA GIOVANA IZIDORO, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA E ROBERTA OLIVATO CANHEO

### **PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS**

ARLETE SOUSA, CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS, ELISA MARTINS, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA, MONALISA MARCONDES NEVES E TEREZA GOUVEIA

### **PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO**

ULTRAVIOLETA DESIGN

## **BASES DE DADOS E INDEXADORES**

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REDIB - RED IBEROAMERICANA DE INNOVACIÓN Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

# SUMÁRIO

## ARTIGOS

A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COLETIVAS: EVOLUÇÃO DOGMÁTICA

*JURIDICAL PERSONALITY OF LEGAL PERSONS: DOGMATIC EVOLUTION*

JOAQUIM RAMALHO : **e1926**

HACIA UNA APELACIÓN ÓPTIMA: ACCESO Y  
GERENCIAMIENTO DE LA SEGUNDA INSTANCIA

*TOWARDS AN OPTIMAL APPEAL: ACCESS AND CASE MANAGEMENT OF SECOND INSTANCE*

ALVARO JAVIER PÉREZ RAGONE : **e1927**

ICMS ECOLÓGICO E DESMATAMENTO NOS  
MUNICÍPIOS PRIORITÁRIOS DO ESTADO DO PARÁ

*ECOLOGICAL ICMS AND DEFORESTATION IN PARÁ'S PRIORITY MUNICIPALITIES*

LISE TUPIASSU, LUIZ PAULO DE SOUSA LEÃO FADEL E JEAN-RAPHAËL GROS-DÉSORMEAUX : **e1928**

POR UMA PERSPECTIVA INTEGRADA DOS JUIZADOS ESPECIAIS:  
EXPERIÊNCIAS DE INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA EM SÃO PAULO

*FOR AN INTEGRATIVE APPROACH OF THE BRAZILIAN SPECIAL COURTS:*

*JUSTICE INFORMALIZATION EXPERIENCES IN SÃO PAULO*

ANA CAROLINA CHASIN E CARMEN FULLIN : **e1929**

QUANDO O GÊNERO BATE À PORTA DO STF: A BUSCA  
POR UM CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

*THE GENDER KNOCKING AT THE DOOR OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT:*

*THE SEARCH FOR A FEMINIST CONSTITUTIONALISM*

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA E ANDRÉ DEMETRIO : **e1930**

BITCOIN É MOEDA? CLASSIFICAÇÃO DAS  
CRIPTOMOEDAS PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO

*IS BITCOIN CURRENCY? THE CLASSIFICATION OF VIRTUAL CURRENCIES FOR TAX LAW*

MELISSA GUIMARÃES CASTELLO : **e1931**

LA FALIBILIDAD DE LA CAPTURA DEL ESTADO EN LA  
EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN CHILE

*STATE CAPTURE FALLIBILITY IN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN CHILE*

JORGE ARANDA ORTEGA : **e1932**

OS DETERMINANTES DA PRISÃO PREVENTIVA NA AUDIÊNCIA  
DE CUSTÓDIA: REFORÇO DE ESTEREÓTIPOS SOCIAIS?

*DETERMINANTS OF PRE-TRIAL DETENTION AT THE CUSTODY  
HEARING: REINFORCEMENT OF SOCIAL STEREOTYPES?*

LÍVIA BASTOS LAGES E LUDMILA RIBEIRO : **e1933**

PARA EQUACIONAR A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

*ADDRESSING THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL*

OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ : **e1934**

O *MERCHANDISING* DAS DENOMINAÇÕES E DOS SÍMBOLOS DE AGREMIações  
DESSPORTIVAS DE FUTEBOL DIANTE DO DIREITO DE MARCAS

*THE MERCHANDISING OF THE NAMES AND SYMBOLS OF THE  
SOCCER CORPORATIONS IN FACE OF THE TRADEMARK RIGHTS*

PATRICIA PEREIRA PERALTA, ELIZABETH FERREIRA DA SILVA E ELAINE VIANNA SARAIVA : **e1935**

UM PALACETE ASSOBRADADO: A COEXISTÊNCIA ENTRE ORGANIZAÇÕES ESTATAIS  
E INSTITUIÇÕES DE MERCADO NO FINANCIAMENTO HABITACIONAL BRASILEIRO

*NEW INSTITUTIONS, OLD ORGANIZATIONS: LEGAL REFORMS IN THE BRAZILIAN HOUSING FINANCE*

MARIO GOMES SCHAPIRO E SAYLON ALVES PEREIRA : **e1936**

O DOLO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA BUSCA RACIONAL PELO  
ELEMENTO SUBJETIVO NA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*MALICE IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY: A RATIONAL QUEST FOR THE SUBJECTIVE  
ELEMENT IN THE VIOLATION OF THE PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION*

VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA : **e1937**

# A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática

JURIDICAL PERSONALITY OF LEGAL PERSONS: DOGMATIC EVOLUTION

Joaquim Ramalho<sup>1</sup>

## Resumo

O estudo da personalidade jurídica, nomeadamente a das pessoas coletivas, apresenta uma enorme relevância jurídica atual e foi alvo de debate ao longo da história do pensamento jurídico nacional e internacional. Contudo, a natureza da pessoa coletiva sempre dividiu a doutrina, havendo autores que, indevidamente, chegam a negar a existência de uma personalidade coletiva, enquanto instituto autónomo. Correspondendo a personalidade jurídica à aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas e sendo sujeitos de Direito aqueles entes que são susceptíveis de serem titulares de direitos e de obrigações, logo as pessoas coletivas também devem ser consideradas como sujeitos de Direito. Deste modo, procura-se, no presente artigo, analisar o percurso histórico da personalidade jurídica das pessoas coletivas no Direito Português, até chegar à definição na atualidade, em que é vista como uma organização constituída por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial, com o objetivo da prossecução de um interesse comum.

## Palavras-chave

Pessoa no Direito; personalidade jurídica; pessoas coletivas.

## Abstract

*The study of juridical personality, especially if it involves legal persons, is particularly relevant nowadays and has been widely discussed in the history of both national and international juridical thought. However, the nature of legal person has always divided theory, and there have been authors who wrongly denied the existence of a legal personality, as an autonomous entity. Assuming that juridical personality corresponds to the ability to hold autonomous juridical relations and that persons in Law are those who may hold rights and obligations, legal persons are thus provided with juridical personality. Thus, the present study aims to analyze the history of juridical personality in Portuguese Law, from its origin to the definition used currently, which looks at this concept as an organization that consists of a group of people or property set, engaged in the achievement of common interests.*

## Keywords

*Person in Law; juridical personality; legal persons.*

<sup>1</sup> Universidade Fernando Pessoa,  
Porto, Portugal  
<https://orcid.org/0000-0002-1105-9740>



## INTRODUÇÃO

Com a sociedade em constante desenvolvimento e mutação, urge solucionar determinados aspectos jurídicos que, até muito recentemente, não eram encarados como proeminentes. Em consequência, o estudo e a investigação do regime civil que diferenciam a personalidade jurídica das pessoas singulares das pessoas coletivas têm vindo a merecer, por parte da doutrina, um enfoque elevado.

Neste âmbito, têm-se colocado, entre outras, as seguintes questões: A personalidade coletiva corresponde a uma ficção artificial da ordem jurídica? As pessoas coletivas são um prolongamento das pessoas humanas? Existe equiparação analógica de regimes entre as pessoas coletivas e as pessoas singulares?

A personalidade jurídica equivale à aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas, ou seja, é a medida concreta de direitos e obrigações de que são susceptíveis. De forma a alcançar esta noção, tem-se que ter em conta a realidade concreta do ser humano e o Direito permite regular a atividade do ser humano na prossecução de interesses e na realização de determinados fins. Estes fins ou interesses podem ser individuais ou coletivos, ou seja, podem respeitar ao ser humano individualmente considerado, ou ser comum aos membros de uma sociedade.

Sendo a personalidade jurídica a qualidade de ser pessoa no Direito, este acaba por diferenciar a personalidade jurídica em singular e em coletiva. Nas pessoas singulares, ela é uma exigência do Direito em relação ao respeito e à dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos. Por outro lado, nas pessoas coletivas, trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas conexas com um dado empreendimento colectivo.

## I. AS PESSOAS SINGULARES

### I.1. A PESSOA NO DIREITO

O ser humano é um ser voluntária e iminentemente social, que se desenvolve em função das relações sociais que estabelece com a sociedade em que está inserido.

De acordo com Pereira de Sousa (2013), a sociedade é o resultado da associação de indivíduos que apresentam interesses comuns e que procuram realizar esses objetivos em conjunto, formando grupos de interesses. Os indivíduos realizam os seus interesses particulares através de comportamentos concorrenciais, que envolvem uma permanente disputa de bens escassos, e cooperando uns com os outros acabam por participar na realização dos interesses coletivos, o que fazem de uma forma organizada e estruturada. No entanto, por vezes, acontece que o Homem procura impor a sua vontade aos restantes elementos do grupo, originando, consequentemente, momentos de tensão e até mesmo de conflito nas relações sociais. Daqui se justifica o aparecimento da ordem jurídica.

Esta vida em sociedade exige, de uma forma natural, a presença e a tutela do Direito. A ordem jurídica surge, assim, como um complexo conjunto de regras que procura regularizar

a vida em sociedade, para a tornar o mais justa, segura e harmoniosa possível (Oliveira Ascensão, 2000).

Para Baptista Machado (2002), pode-se dizer que o ser humano está envolvido numa ordem social preexistente, onde, em regra, se verifica um ajustamento conforme da conduta dos indivíduos a estruturas de ordem de comportamento que os envolvem e os dirigem em todas as suas relações sociais, a que é chamado de Direito ou ordem jurídica. A ordem jurídica constitui, assim, uma parte integrante e necessariamente complementar da ordem social global, ou seja, participa da ordem social global e é co-constitutiva dela.

Sendo o Direito uma ciência que pode ser definida como um conjunto ordenado de regras que disciplinam a atividade humana, é decorrente desta relação entre o ser humano e o Direito, que se considera o próprio Direito com um fenómeno de cariz social e humano. A designação humana decorre do facto de sem Homens não existir qualquer ordem jurídica, dado que é o Homem que é o criador e o destinatário das normas jurídicas. A designação social prende-se com a circunstância da existência das normas jurídicas, que tem como objetivo regular a relação do Homem em sociedade.

Os sujeitos de Direito são os entes susceptíveis de serem titulares de direitos e de obrigações, ou seja, de serem titulares de relações jurídicas, tal como previsto no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa, como são o caso, por exemplo, dos direitos à identidade pessoal, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à dignidade pessoal e à reserva de intimidade da vida privada e familiar.

São sujeitos de Direito as pessoas, sejam elas pessoas singulares, sejam pessoas coletivas (Pereira de Sousa, 2013). Deste modo, para Mota Pinto e Pinto Monteiro (2005), ao lado dos seres humanos, enquanto pessoas singulares, cuja personalidade jurídica é reconhecida por exigência fundamental da dignidade humana, o ordenamento jurídico atribui personalidade jurídica às pessoas coletivas. Os sujeitos da relação jurídica não são apenas, portanto, as pessoas singulares, mas também as pessoas coletivas, porque a personalidade jurídica, como meio técnico de organização de interesses, pode ser atribuída pelo Direito a entes que não sejam apenas as pessoas singulares ou os indivíduos humanos, já que não existe nenhum obstáculo lógico ou ético que possa impedir uma solução.

## 1.2. O SER HUMANO ENQUANTO PESSOA JURÍDICA

O conceito de personalidade jurídica, no seu significado substancial, deriva da própria natureza humana e, assim sendo, poderíamos pensar que, na pureza do princípio, apenas o ser humano poderia ser considerado pessoa jurídica, embora esta regra conheça diversas excepções que resultam da circunstância do Direito atribuir igualmente essa qualidade às pessoas coletivas (Pereira de Sousa, 2013).

Para Ferreira dos Reis (1990), a personalidade jurídica é iminente e virtual na pessoa humana. A primeira consequência desta concepção de personalidade humana é a projecção no Direito da personalidade jurídica. De acordo com Menezes Cordeiro (2000), a personalidade

das pessoas singulares corresponde à qualidade que assume o *homo sapiens* quando age no palco do Direito. De um modo formal, ela exprime a potencialidade que este tem de ser destinatário de normas jurídicas, ou de ser titular de direitos e adstrito a obrigações. Acrescenta Ferreira dos Reis (1990) que a personalidade jurídica não é atribuída à pessoa humana, uma vez que a personalidade jurídica da pessoa humana é-lhe imanente, decorre da sua eminente dignidade.

Refere ainda Pais de Vasconcelos (2006) que o Direito não tem poder nem legitimidade para atribuir a personalidade individual, já que ele apenas se limita a constatar e a verificar a qualidade de ser humano, daí que o Direito de Personalidade esteja relacionado com a posição das pessoas humanas no Direito e com a consequente exigência da sua dignidade.

À personalidade jurídica é inerente a capacidade jurídica ou a capacidade de gozo de direitos, tal como considera o art. 67.º do CC português, que estabelece que “as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a capacidade jurídica”.

Percebe-se assim que a personalidade jurídica corresponde a uma aptidão para ser titular autónomo das relações jurídicas e, nas pessoas singulares, esta aptidão é uma exigência do direito à dignidade e ao respeito que se tem de reconhecer a todos os seres humanos e não uma mera técnica de organização (Mota Pinto & Pinto Monteiro, 2005). Esta aptidão é, nas pessoas singulares, uma exigência do Direito ao respeito e à dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos. Por outro lado, nas pessoas coletivas, trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas conexas com um dado empreendimento colectivo.

## 2. AS PESSOAS COLETIVAS

### 2.1. ORIGENS HISTÓRICO-DOGMÁTICAS

A perspetiva colectiva apresenta uma relevância jurídica bastante actual, de forma que o termo *peças coletivas*, devido a este interesse crescente, tem vindo a ser alvo de debate ao longo da história do pensamento jurídico nacional e internacional. Contudo, a natureza da pessoa colectiva divide a doutrina, havendo mesmo autores que negam a existência de uma personalidade colectiva, enquanto instituto autónomo.

A ideia de entidade colectiva é antiga e tem vindo a sofrer inúmeras mudanças, consoante a dogmática dominante em cada tempo histórico e também consoante o poder que os entes colectivos foram criando para si mesmos em confronto com o poder político dominante (Meireles, 2006).

Desde o século XIII, com Dei Frieschi, que a cultura jurídica continental trabalha a personificação de realidades não humanas. A sua elaboração dogmática revela ser uma sedimentação de diversos substratos jusculturais, unificados num mesmo conceito, que trouxe até ao início do século XXI todo um universo problemático e representativo que apenas uma análise histórico-dogmática é capaz de identificar (Costa Gonçalves, 2015).

A primeira grande época a que se deve fazer referência, em termos de pensamento jurídico sobre as pessoas coletivas em Portugal, é a época das Ordenações (século XV). Nesta, não havia um tratamento geral para as pessoas coletivas, já que a previsão destas pessoas era, mesmo em legislação extravagante (Caetano, 1981), absolutamente escassa e dispersa (Menezes Cordeiro, 2005). Aos juristas liberais coube desenvolver a matéria das pessoas singulares e introduzir um tratamento sistemático das pessoas coletivas, sob a designação de *corporações* ou *pessoas morais*.

Justificadamente, se indica a segunda metade do século XVIII como a época que viu surgir a ciência da história do direito português (Almeida Costa, 2010).

No século XIX e no início do século XX, a pessoa coletiva foi um dos temas mais debatidos na história do pensamento jurídico internacional e a doutrina em Portugal acompanhou esse debate.

A ideia de pessoa coletiva que permita integrar em si mesma outra realidade que não a pessoa humana é relativamente recente, tendo surgido com o pós jusracionalismo de Pufendorf. Esta ideia permitiu a Savigny, no século XIX, avançar com uma noção de personalidade coletiva assente na teoria da ficção, que, como será abordado adiante, considera que a pessoa coletiva corresponde a uma ficção artificial da ordem jurídica.

O termo “pessoa coletiva” foi fixado na bibliografia jurídica portuguesa por Guilherme Moreira, que, no início do século XX, publicou a obra intitulada *Da Personalidade Collectiva*, na qual o autor designava as pessoas coletivas como entes jurídicos não humanos (Menezes Cordeiro, 2010a). Na obra referida, o autor defendeu, de um modo pioneiro, o uso da denominação pessoa coletiva por contraste a expressões como pessoas jurídicas, pessoas morais, pessoas sociais, pessoas fictícias ou até mesmo pessoas abstratas, que eram bastante usuais na época e que serviam para designar os entes jurídicos não humanos.

## 2.2. ABORDAGENS DOUTRINAIS DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COLETIVAS

A natureza das pessoas coletivas sofreu influência das teorias ficcionistas, normativistas, organicistas e realistas, sendo, esta última, aquela que é considerada por Carvalho Fernandes (2001) como dominante em Portugal. No entanto, como veremos adiante, as abordagens realistas não são unânimes.

De acordo com Pais de Vasconcelos (2010), as teorias de Savigny e Windscheid inserem-se na orientação teórica do Ficcionismo Personalista, que tem origens no pensamento de Kant. Esta teoria não admite a pessoa coletiva a não ser como uma construção fictícia, uma ficção artificial da ordem jurídica, que não pode ser colocada no mesmo plano em que se encontra a pessoa humana, a qual constitui o fundamento ontoaxiológico do Direito.

Mota Pinto e Pinto Monteiro (2005) também consideram que para Savigny ou Windscheid as pessoas coletivas seriam uma ficção. A lei, ao estabelecer a personalidade jurídica das pessoas coletivas, estaria a proceder como se as pessoas coletivas fossem pessoas singulares, uma vez que só as pessoas singulares poderiam ser sujeitos de direitos e deveres (Galvano, 2004).

O pensamento jurídico em Portugal quanto à personalidade coletiva deve-se a Savigny e à sua teoria ficcionista, a qual defende a concepção de que a pessoa coletiva é uma ficção teórica, criada pelo Direito, de modo a tratar, ficcionalmente, como pessoas, situações que são não humanas e que permitem a prossecução de fins humanos. Segundo Savigny, pessoa é todo o sujeito de relações jurídicas que, tecnicamente, corresponda a uma pessoa natural, mas que seja tratado, como pessoa, através de uma ficção teórica, numa situação que se justifica, para permitir determinado escopo humano.

Uma outra orientação teórica, de base ficcionista, é o Ficcionismo Patrimonialista. Para esta conceção, a personalidade coletiva era encarada como uma afetação de uma massa patrimonial a um certo fim, para cuja prossecução a ordem jurídica atribui a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações e de praticar atos jurídicos, à imagem das pessoas singulares. É a chamada teoria do património-fim e teve como criador Binz, que via nas pessoas coletivas a personificação das coisas (Pais de Vasconcelos, 2010).

Uma outra orientação teórica foi desenvolvida por Hans Kelsen, a designada teoria do Normativismo Formalista. Para esta teoria, ao contrário dos ficcionistas, a personalidade, tanto singular como coletiva, é uma construção da ordem jurídica. A pessoa, como suporte de deveres jurídicos e de direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta portadora. Para Kelsen, a pessoa física ou jurídica que tem deveres jurídicos e de direitos subjetivos é um complexo de deveres jurídicos e de direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa e a pessoa é tão somente a personificação dessa unidade (Pais de Vasconcelos, 2010).

Para outros, como Otto von Gierke, as pessoas coletivas seriam uma realidade idêntica à das pessoas singulares, uma associação com uma personalidade derivada dela mesma, em que o seu espírito seria uma vontade comum unitária e o seu corpo um organismo associativo. Para esta teoria, a chamada Teoria Organicista, a personalidade jurídica não resulta de uma conceção discricionária do legislador, mas é a consequência imposta pela natureza das coisas, da existência de um organismo real (Galgano, 2004).

Pais de Vasconcelos (2010) atribui a Otto von Gierke a criação da teoria do realismo analógico, a qual entende as pessoas coletivas como entes realmente existentes na vida social, dotados de um substrato próprio e que desempenham, na sociedade e na vida de relação, papéis e aí assumem uma individualidade e uma subjetividade nova, diferente da dos seus membros, fundadores ou beneficiários. A personalidade coletiva exprime o reconhecimento pela ordem jurídica da sua realidade como entes sociais autonomamente relevantes.

Mota Pinto e Pinto Monteiro (2005) referem que não se pode aceitar a teoria da ficção, nem a teoria organicista. No que respeita às críticas à teoria da ficção, os autores consideram que, para atribuir personalidade jurídica aos entes coletivos, o Direito Civil não necessita de fingir estar perante uma pessoa física ou singular, já que a personalidade jurídica, quer a das pessoas físicas, quer a das pessoas coletivas, é um conceito jurídico e uma realidade situada no mundo jurídico. Quanto à teoria organicista, esta também não pode ser aceite enquanto

parte do princípio de que se torna necessário descobrir ou construir um organismo antropomórfico, com vontade e espírito, para justificar a personalidade jurídica.

Tal como considera Carvalho Fernandes (2001), a Teoria da Realidade Jurídica é hoje considerada como largamente dominante. Esta teoria parte do princípio de que a personalidade jurídica, em geral, constitui uma formação do Direito, embora não sejam coincidentes os termos da sua atribuição, quando confrontada com a personalidade jurídica do Homem. Deste modo, o facto de esta ser imposta ao Direito pela imanente dignidade da pessoa humana e de essas razões não serem válidas para a personificação coletiva não exclui a possibilidade de atribuição de personalidade a outros entes portadores de interesses merecedores de protecção jurídica.

Furtado (2001) acrescenta que a personalidade coletiva está longe de ser um mito, ou um mero símbolo incompleto, e nem sequer será apenas uma simples realidade normativa, mas, verdadeiramente, uma realidade complexa de facto e de Direito. Na construção normativa, não pode sequer haver ficção, nem relativamente ao suporte factual em que assentam as pessoas coletivas, que não são um produto da fantasia, mas têm existência real.

Segundo Pais de Vasconcelos (2010) parece claro que, quando se está a falar em personalidade jurídica e em direitos de personalidade, só a pessoa humana tem dignidade própria originária, autónoma e suprajurídica, que não é criada pelo Direito e este se limita a reconhecer, tem o dever de respeitar e tem por missão defender. A personalidade coletiva é algo que não pode ser confundido com a personalidade singular, nem posto no mesmo plano, embora seja pelo Direito construída à sua imagem e semelhança. Por tudo isto, não parecem fundadas as construções monistas que põem no mesmo plano a personalidade singular e a personalidade coletiva, nem as ficcionistas que negam toda a substância à personalidade coletiva.

Ainda assim, Menezes Cordeiro (2010a) critica abertamente a teoria do Realismo Jurídico. Considera o autor que o realismo é hoje considerado uma forma vazia, já que ela só significa a invariabilidade das construções que a antecederam. Na verdade, a personalidade coletiva é, seguramente, personalidade jurídica e, assim sendo, é uma realidade jurídica, não se tendo avançado na determinação da sua natureza.

Um outro autor que critica abertamente o realismo é Sendin (1997). Na sua obra, o autor considera que a pessoa coletiva deve compreender-se não como um sujeito jurídico com entidade própria, substituindo-se às pessoas singulares e fazendo-as desaparecer, mas apenas como um centro de imputação jurídica em que são os próprios membros que são unificados.

### 2.3. PERSONALIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COLETIVAS: DEFINIÇÃO EM PORTUGAL NA ATUALIDADE

Depois de analisado o enquadramento histórico e aquela que é a natureza das pessoas coletivas cumpre, neste momento, perceber qual é o estado da doutrina em Portugal no que às pessoas coletivas diz respeito.

Existe diversidade na designação das pessoas coletivas em funções da doutrina geográfica, já que nem todos os ordenamentos jurídicos usam a designação de pessoa coletiva que

é usada em Portugal, havendo alguns países que utilizam o termo de pessoa jurídica. No entanto, não nos parece ser correta esta última designação, dado que as pessoas humanas também são pessoas jurídicas (Menezes Cordeiro, 2010a).

Na genuinidade dos princípios, apenas o ser humano pode ser destinatário de normas jurídicas. No entanto, ao longo da história, diversos vectores levaram a que direitos e obrigações ocorressem em entidades que são diferentes do ser humano e, assim sendo, nas pessoas coletivas. Embora o Direito possa existir apenas com vista à realização de interesses humanos, o seu tratamento pela ordem jurídica pode ser feito numa perspectiva individual ou coletiva.

A contraposição entre pessoas singulares e pessoas coletivas foi sistematizada pelos jus-racionalistas, nomeadamente através de Pufendorf (Menezes Cordeiro, 2010a). Posteriormente, tornou-se habitual nas exposições de Direito Civil que admitiam uma Parte Geral, que é precisamente o que acontece no CC português, nos seus artigos 66.º e seguintes e 157.º e seguintes. O autor refere que um exame à realidade social, mesmo que simples, mostra existirem, na vida relacional entre os Homens, fins que se reportam a pessoas individualmente consideradas e, como tais, realizáveis pela simples atuação de cada um dos titulares desses interesses. No entanto, há, de igual modo, fins que estão para além da esfera de ação de cada Homem, que o transcendem, quer por dizerem respeito a um conjunto de pessoas (fins coletivos), quer por se projetarem para além da duração normal da vida humana (fins permanentes).

O mesmo exame social mostra que, em correspondência com tais fins coletivos ou permanentes, se desenvolve nos agregados sociais um fenómeno que genericamente se pode definir como “associativo”, pelo qual os Homens põem em comum bens e serviços e os afetam à prossecução desses fins, pela forma mais adequada.

A definição mais comumente aceite pela doutrina actual é a definição de Manuel de Andrade (1996), que encara as pessoas coletivas como organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial, tendo como objetivo a prossecução de um interesse comum determinado.

A escolha pela designação *pessoa coletiva* alicerça-se na ideia de que sempre que haja interesses coletivos que tenham interesses juridicamente tutelados e uma vontade que os represente, estes deverão ser chamados de pessoa coletiva. Desta determinação, percebe-se que se dá enfoque na colectividade dos interesses para personificar a pessoa que representa esses interesses coletivos ou comuns a uma série de pessoas humanas.

O que se pode constatar, nos dias de hoje, é que a proteção dos interesses coletivos não se faz, necessária e unicamente, através das pessoas coletivas, tal como se pode verificar nos casos das associações sem personalidade jurídica, que correspondem a um exemplo paradigmático desta situação (art. 195.º e segs do CC). De todo o modo, a designação pessoa coletiva, de entre todas as que foram sendo elaboradas ao longo do tempo, é aquela que mais se adequa à própria natureza das pessoas coletivas, já que, na maioria dos casos, visam a prossecução e a defesa de interesses coletivos ou comuns.

Manuel de Andrade (1996) considera que as pessoas coletivas são como as pessoas singulares, apresentam uma realidade jurídica, tendo subjacente uma realidade extrajurídica. Nas pessoas coletivas o substrato da personalidade jurídica é formado por organizações de homens, dirigidos à realização de interesses comuns ou coletivos com caráter de permanência. Como factor dessas organizações desenvolvem-se órgãos onde se manifestam as vontades e as ações individuais ao serviço dos interesses visados.

Ao lado da personalidade jurídica reconhecida a todas as pessoas singulares, seres humanos nascidos completamente e com vida, o Direito Civil Português, desde que verificados determinados requisitos, atribui personalidade jurídica às pessoas coletivas. A existência de pessoas coletivas resulta da existência de interesses humanos duradouros e de caráter comum e coletivo. A consecução destes interesses exige o concurso dos meios e das atividades de várias pessoas ou, pelo menos, nela estão interessadas várias pessoas (Mota Pinto & Pinto Monteiro, 2005).

A personalidade coletiva é, assim, um mecanismo técnico-jurídico, justificado pela ideia de, com maior comodidade e eficiência, organizar a realização dos interesses coletivos e duradouros.

A correta utilização do termo “pessoa coletiva” apenas permite identificar as entidades coletivas que sejam dotadas de personalidade jurídica (Meireles, 2006). Possuem património próprio, separado do das pessoas singulares ligadas à pessoa coletiva, são titulares de direitos e destinatárias de deveres jurídicos e adquirem direitos e assumem obrigações através da prática de atos jurídicos, realizados em seu nome pelos seus órgãos (Mota Pinto & Pinto Monteiro, 2005).

Atualmente, de acordo com Menezes Cordeiro (2010a), *pessoa singular* refere-se ao ser humano, enquanto que a *pessoa coletiva* se refere a toda aquela que não possa ser reconduzida a um ser humano, o que demonstra que o termo *pessoas coletivas* parece ser o mais correto, já que estas são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou coletivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica. São organizações integradas essencialmente por pessoas ou bens, que constituem centros autónomos de relações jurídicas (Mota Pinto & Pinto Monteiro, 2005).

Segundo Pais de Vasconcelos (2006), o Direito ao dicotomizar a personalidade jurídica em singular e em coletiva realça que a personalidade jurídica singular é própria das pessoas humanas ou singulares, enquanto que a personalidade jurídica das pessoas coletivas, de grupos ou de outros entes é tratada pelo Direito como centros de imputação subjetiva de situações jurídicas à imagem e semelhança analógica das pessoas singulares. Refere ainda que as pessoas coletivas agem e interagem na vida e no comércio jurídico como entes social e juridicamente autónomas e independentes. Como pessoas jurídicas, ou seja, como entes dotados de personalidade jurídica, são análogas às pessoas singulares, às humanas e o seu agir existe no âmbito da autonomia privada e tem como inerente a responsabilidade.

O autor acima referido menciona também que a personalidade das pessoas singulares é supralegal, enquanto que a das pessoas coletivas é legal, ou seja, o Direito e a lei não têm poder de conceder ou recusar a personalidade às pessoas singulares, mas são o Direito e a lei que constituem e excluem a personalidade coletiva.

Ainda assim, Oliveira Ascensão (2000) concorda com esta dicotomização entre a personalidade das pessoas singulares e a personalidade das pessoas coletivas, mas discorda desta equiparação analógica de regimes.

Para Mota Pinto e Pinto Monteiro (2005) à categoria de pessoas coletivas pertencem, entre outras o Estado, os municípios, os distritos, as sociedades comerciais, os institutos públicos, as associações recreativas ou culturais e as fundações. Segundo Carvalho Fernandes (2001), pessoa coletiva é um organismo social destinado a um fim lícito, a que o Direito atribui a suscetibilidade de direitos e vinculações, ou seja, a possibilidade de ser sujeito de relações jurídicas.

## CONCLUSÕES

A existência de pessoas coletivas resulta do facto de existirem interesses humanos duradouros comuns e colectivos, em que a obtenção destes interesses impõe a afluência dos meios e atividades de várias pessoas.

A personalidade jurídica, de modo geral, constitui uma formação real do próprio Direito e o mesmo acontece, especificamente, para as pessoas coletivas. A personalidade jurídica, quer das pessoas singulares, quer das pessoas coletivas, é um conceito jurídico e uma realidade. No entanto e, ainda assim, a personalidade coletiva não pode ser confundida com a personalidade singular, nem deve ser colocada no mesmo grau ou patamar, dado que só a pessoa humana (pessoa singular), tem dignidade própria, com características autónomas e até mesmo suprajurídicas, que não são criadas pelo Direito, uma vez que este apenas se limita a reconhecer-las. No entanto e ainda assim, a construção normativa das pessoas coletivas não pode ser encarada como uma ficção, uma vez que estas, sendo também pessoas jurídicas, são semelhantes às pessoas singulares e o seu agir existe no âmbito da autonomia privada e tem como fator inerente a responsabilidade. Elas são detentoras de direitos, nomeadamente de direitos de personalidade, na exata medida em que a sua titularidade seja indispensável à prossecução de fim que almejam.

As pessoas coletivas, que são dotadas de personalidade jurídica, tal como acontece com as pessoas singulares, também devem, embora em diferentes patamares, ser consideradas como sujeitos de Direito.

A personalidade jurídica, nas pessoas coletivas, trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas relacionadas com essas mesmas pessoas, ou seja, pode-se considerar que os direitos das pessoas coletivas são direitos de carácter funcional, já que estas agem e interagem na vida e no comércio jurídico como entes social e juridicamente autónomos e independentes.

## REFERÊNCIAS

Almeida Costa, M. J. (2010). *História do Direito Português*. 4ª edição revista e actualizada. Coimbra: Almedina.

Andrade, M. (1992). *Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I – Sujeitos e Objecto*. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (1996). *Teoria Geral das Obrigações*. 3ª edição. Coimbra: Almedina.

Baptista Machado, J. (2002). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13ª reimpressão. Coimbra: Almedina.

Caetano, M. (1981). *História do Direito Português*. Lisboa: Editora Verbo.

Carvalho Fernandes, L. (2001). *Teoria Geral do Direito Civil, I, Introdução – Pressupostos da Relação Jurídica*. 3ª edição revista e actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Costa Gonçalves, D. (2008). *Pessoa e Direitos de Personalidade – Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2015). *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.

Ferreira dos Reis, A. (1990). *Pessoas Coletivas e Sociedades Comerciais. A Sua Representação*. Porto: Ecla Editora.

Furtado, J. (2001). *Curso de Direito das Sociedades*. 4ª edição. Coimbra: Almedina.

Galgano, F. (2004). El concepto de persona jurídica, *Revista Derecho del Estado*, nº 16, p. 13-28.

Gomes, J. (1989). Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? *Revista de Direito e Economia*, nº 15, p. 105-144.

González, J. A. (2011). *Código Civil Anotado, vol. I – Parte Geral*. Lisboa: Quid Juris.

\_\_\_\_\_ (2012). *Código Civil Anotado, vol. II – Direito das Obrigações*. Lisboa: Quid Juris.

Macedo, M. V. (2008). *Regime Civil das Pessoas Coletivas, Anotações aos Artigos 157.º a 201.º - A do Código Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.

Martinez, P. R. (2011). *Direito das Obrigações*. 3ª edição. Lisboa: Edições da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Meireles, M. P. S. (2006). *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, Coimbra: Coimbra Editora.

Menezes Cordeiro, A. (2000). *O Levantamento da Personalidade Coletiva: no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2005). *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral, Tomo I*. 3ª edição. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2010a). *Tratado de Direito Civil, Parte Geral, Tomo IV – Pessoas*. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2010b). *Tratado de Direito Civil Português, II – Das Obrigações, Tomo IV – Gestão de Negócios, Enriquecimento Sem Causa, Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2012). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. 2ª edição. (coord.). Coimbra: Almedina.

Merêa, M. P. (1923). *Estudos de História do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora.

Mota Pinto, C. & Pinto Monteiro, A. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.

Oliveira Ascensão, J. (2000). *Direito Civil – Teoria Geral, vol. I – Introdução, as Pessoas, os Bens*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_ (2002). *Direito Civil – Teoria Geral, vol. III – Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_ (2005). *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13ª edição. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2012). *Curso de Direito Civil. Obrigações. Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva.

Pais de Vasconcelos, P. (2006). *Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*. 6ª edição. Coimbra: Almedina.

Pereira de Sousa, D. (2013). *Noções Fundamentais de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora.

Sendin, P. (1997). *Lições de Direito Comercial*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

Viola, F. (2015). El estatuto jurídico de la persona en perspectiva historica, *Derecho y Cambio Social*, 1-20.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019, e1926. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201926>.

*Joaquim Ramalho*

LICENCIATURA EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, PORTUGAL. MESTRADO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, PORTUGAL. DOUTORAMENTO EM DIREITO PELA FACULDADE DE CIENCIAS JURÍDICAS Y DEL TRABAJO DA UNIVERSIDADE DE VIGO, ESPANHA. PROFESSOR DE “QUESTÕES APROFUNDADAS DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL” NA UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA, PORTO, PORTUGAL.

*ramalho@ufp.edu.pt*

**1** Universidad Católica del Norte,  
Escuela de Derecho, Antofagasta,  
Chile

**2** Universidad San Pablo-T,  
Tucumán, Argentina  
<https://orcid.org/0000-0002-6069-4564>



# Hacia una apelación óptima: acceso y gerenciamiento de la segunda instancia

TOWARDS AN OPTIMAL APPEAL: ACCESS AND CASE MANAGEMENT OF SECOND INSTANCE

RUMO A UM APELO OPTIMIZADO: ACESSO E GERENCIAMENTO DA SEGUNDA INSTÂNCIA

Alvaro Javier Pérez Ragone<sup>1,2</sup>

## Resumen

La atención que los tribunales de alzada en apelación pueden prestar a los casos que conocen se ha convertido en un “recurso escaso”. Aplicando la metodología del Análisis Económico del Derecho combinada con muestras del derecho comparado y examen dogmático se persigue validar en este artículo dos hipótesis: la primera relacionada con la necesidad de criterios discrecionales y objetivos de selección de casos apelables; la segunda, consecuencia de la primera, sostiene que solo así es posible un adecuado gerenciamiento de esos casos seleccionados en segunda instancia *ex post*. El derecho al recurso de apelación en material civil no es absoluto y puede ser limitado. Esta propuesta es como una tercera vía que optimiza la apelación y distribuye proporcionalmente las externalidades negativas y positivas del recurso. Con el argumento de que la apelación no está destinada únicamente a corregir errores que afectan a uno de los litigantes, esta parece ser una premisa necesaria de los beneficios infinitos para el sistema y los litigantes, que pueden proporcionar una apelación optimizada.

## Palabras clave

Apelación; optimización; filtros; gerenciamiento; audiencias.

## Abstract

*The attention that courts of appeal on appeal can give to cases they know has become a “scarce resource”. Applying the methodology of Law & Economics combined with samples of comparative law and dogmatic examination, this article aims to validate two hypotheses: the first one is related to the need of discretionary criteria and the selection objectives of appealable cases ex post. The second, consequence of the first, is that only in this way is possible to properly manage those cases selected in the second instance. This proposal is like a third way that optimizes the appeal and proportionally distributes the negative and positive externalities of the resource. Begin by arguing that the remedy does not have as its sole objective the correction of errors that affect one of the litigants seems to be a necessary premise that infers the multiplicity of benefits for the system and for the litigant, that can provide an optimal appeal.*

## Keywords

Appeal; optimal appeal; filters; case management; hearings.

## Resumo

*A atenção que os tribunais de recurso podem dar aos casos que conhecem tornou-se um “recurso escasso”. Aplicando a metodologia de Law & Economics, combinada com amostras de direito comparado e exame dogmático, o objetivo deste artigo é analisar duas hipóteses: a primeira está relacionada com a necessidade de critérios discricionários e objetivos para a seleção dos casos passíveis de recurso; a segunda hipótese, consequência da primeira, é que somente dessa maneira seja possível gerenciar adequadamente os casos selecionados na segunda instância ex post. Essa proposta é uma terceira maneira de otimizar o recurso e distribuir de modo proporcional as externalidades negativas e positivas dele. Com o argumento*

*de que o recurso não tem como único propósito a correção de erros que afetam um dos litigantes, esta parece ser uma premissa necessária da infinidade de benefícios para o sistema e para os litigantes, que podem fornecer uma apelação otimizada.*

**Palavras-chave**

*Apelação; otimização; filtros; gerenciamento; audiências.*

## INTRODUCCIÓN

El objetivo general de esta investigación es el adecuado gerenciamiento de casos en la segunda instancia. Para ello se presta atención al (i) mecanismo de selección de casos para una segunda instancia civil en un modelo de procesos por audiencia (ii) para poder aplicar a esos casos meritorios adecuadas técnicas de conducción y dirección para una sentencia de mayor calidad. La atención que los tribunales de apelación (al igual que los jueces de primera instancia civil) pueden prestar a los casos que conocen se ha convertido en un “recurso escaso”. La sobrecarga de los tribunales de apelación a nivel comparado es una realidad que conspira contra una adecuada conducción y un gerenciamiento específico de la segunda instancia que tiene especialidades propias diferenciadoras de las de la primera instancia por audiencias. El derecho al recurso de apelación en material civil no es absoluto y puede ser limitado. Deben así buscarse criterios adecuados de filtros de acceso al recurso tanto en primera como en segunda instancia que puedan garantizar a menores recursos humanos e infraestructurales que en primera instancia, además de un funcionamiento óptimo, y que brinden un servicio de justicia eficaz y eficiente (CARRINGTON, 1987, p. 411-415).

Este artículo explora la necesidad de limitar el acceso a la apelación para optimizarla en tanto una sobrecarga de la alzada genera externalidades negativas (daños) desde una perspectiva económica que, internalizadas por quienes las producen, instan a determinadas conductas tanto de los litigantes como de los tribunales. Por el contrario, con las propuestas que se explicarán y ejemplificarán del derecho comparado se producen externalidades positivas (beneficios) que redundan en una mejor distribución de costos, perjuicios y beneficios en el sistema (MCCLUSKEY, PASQUALE, TAUB, 2016; KORNHAUSER, 2000, p. 47-50). En los modelos comparados que se examinarán priman dos tipos de filtros, uno en el *a quo* (reducido normalmente a la cuantía o monto discutido), y otro en el *ad quem*, donde salvo el modelo francés se evalúa la posibilidad cierta de éxito del recurso *ex ante* (si es un caso meritorio). El problema está en cómo se determinan y si deben ser soportados en igual medida tanto por el buen como

por el mal litigante, tanto por una corte de apelación eficiente como por una ineficiente (PORAT, 2009, p. 189).

Una vez que solo accedan a la alzada casos meritorios de ser conocidos en un modelo de primera instancia por audiencia fuerte, una segunda instancia revisora limitada, pero con posibilidades de intermediación y contacto de los jueces de alzada con las partes mediante audiencias de vista, se optimiza la apelación. Ahora el problema está en qué momento se determina lo “meritorio” del caso, como filtro en el *ad quem*. En el modelo alemán, austríaco, inglés e italiano, integra la fase de la admisibilidad del recurso, es decir es *ex ante*. Se sostiene así que reduce el ingreso indiscriminado de causas para que los tribunales de alzada cumplan un rol de control y revisión limitado también de calidad concentrado a casos con relevancia para generar un producto con externalidades positivas y no aplicar los recursos más escasos en la alzada a procesos que por su naturaleza o presuntamente por su monto se justifica que sean de instancia única (WILNER, 1968). A este requisito limitante se suma el incentivo negativo de la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia como mecanismo disuasivo que compensa la eficacia de los derechos inmediato y al mismo tiempo disuasivo del uso abusivo de la apelación. El problema es que hay que generar mecanismos para el control de ese examen discrecional en segunda instancia. El modelo *ex ante prima*, en Alemania con buenos resultados, por el contrario, su importación, como por ejemplo en Italia, ha generado en la doctrina mucha crítica por limitar el acceso al recurso segundo examen de admisibilidad que es competencia del superior.

La conducción y el gerenciamiento de un proceso judicial imponen un trato efectivo, eficiente y útil a un caso en concreto, para así lograr su resolución, oportuna y justa, sin dejar de considerar el peso de otros posibles casos o procesos por ingresar o pendientes de ser resueltos en un sistema eficiente de justicia (CAUTHEN, LATZER, 2008). La identificación temprana de cuestiones disputadas sobre hechos y derechos, el establecimiento de un calendario procesal para el caso y la exploración de la posibilidad de resolución de una disputa a través de métodos distintos al adjudicativo son otros puntos a tener en cuenta (ZUCKERMAN, 2009, p. 105). Corrientes modernas han buscado darle herramientas de conducción efectiva a los tribunales (POSNER, 2006, p. 1049-1050), sumar a ellos necesariamente en la segunda instancia las nuevas tecnologías, no renunciar a incentivar vías autocompositivas internas o incluso derivación a mediación. Finalmente y en caso de llegarse a una sentencia, que esta sea de mayor calidad y justa. Así es posible sostener, y este estudio parte de esta hipótesis a corroborar, que la limitación al acceso a la apelación civil no solo es jurídicamente válida, sino necesaria en un sistema de procesos por audiencia donde la calidad de la decisión es más elevada y menos falible en primera instancia (NOBLES, SCHIFF, 2002, p. 676). Se parte por defender los filtros de admisibilidad en primera instancia *ex ante* y postular los de segunda *ex post* combinando criterios objetivos y discrecionales de los tribunales.

Desde fines del siglo XIX estaba abierta una fuerte discusión sobre el rol del juez en el proceso civil en Europa y en los países que iban adquiriendo su independencia en Latinoamérica.

En términos generales, podría decirse que el sistema judicial establecido en códigos, luego de la Revolución Francesa, y hasta parte del siglo XX, se caracterizó por un entendimiento privatista e individualista de los fines del proceso (KOURLIS; KAUFFMAN, 2015, p. 494-500). Para este entendimiento del proceso, los autores comenzaron a llamar como “principio dispositivo” el rol primordial reservado a las partes como dueñas del proceso (LANGBROEK, 2017, p. 1-2). La principal contribución en la reacción al puro “dejar hacer” consistió en poner la atención en el rol público-social de una controversia civil (BETTINGER, 2016, p. 3-8). La proactividad se manifestó en dos aspectos: (i) el objetivo social era el de equiparar materialmente a las partes, controlando la superioridad social o económica de una de ellas que podría, sin control, traducirse en superioridad procesal (TURNER, 2004, p. 73-88); (ii) al mismo tiempo, se buscó a través de la administración del proceso evitar retardos o comportamientos obstructivos de las partes (LANGBROEK, 2017, p. 1-2). Como Andrews comenta, el *case management* tiene tres principales funciones en el siglo XXI tanto en primera como en segunda instancia: alentar a las partes a buscar una solución mediante la mediación, siempre y donde sea practicable; segundo, prevenir que el proceso progrese demasiado lento e ineficientemente; finalmente, asegurar que recursos judiciales sean asignados proporcionalmente, como lo requiere ‘el Objetivo Primordial’ de CPR parte 1 (reformulado en 2013 para destacar la necesidad de que los casos sean tratados con costos justos y proporcionales)”<sup>1</sup> (ANDREWS, 2017).

Aplicando la metodología del Análisis Económico del Derecho Procesal (AEDPR) combinada con muestras del derecho comparado y examen dogmático se persigue validar dos hipótesis: la primera relacionada con la necesidad de criterios discrecionales y objetivos de selección de casos apelables; la segunda, consecuencia de la primera, sostiene que solo así es posible un adecuado gerenciamiento de esos casos seleccionados en segunda instancia. Esta propuesta es como una tercera vía (entre apelación amplia e inexistencia de apelación) que optimiza la apelación y distribuye proporcionalmente las externalidades negativas y positivas del recurso. Considero que el examen en la segunda instancia debiera hacerse no *ex ante* como parte de la admisibilidad, sino *ex post* en la decisión del recurso. Así, si se ha tratado de un caso “no meritorio”, existe la posibilidad de imponer costas y multas contra el recurrente que incurrió en el abuso. Con ello, el foco de atención se centra en el segundo filtro, que se termina plasmando luego de tramitar el recurso y en la decisión de mérito de la alzada. Este artículo se compone de las siguientes partes: en una primera (1), se detallan los antecedentes del “*case management*” o “gerenciamiento o dirección del proceso”; luego se analizan los límites para el acceso a la apelación desde diferentes puntos críticos (2); se sigue con el

...

1 Andrews, Neil. *English Case Management System (Report England)*, London: Inédito, 2017, citando las reglas inglesas “CPR 1.1(1): *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost*”.

análisis del gerenciamiento de casos en segunda instancia mencionando sus principales desafíos y herramientas (3); se concluye con unas reflexiones.

### I. ANTECEDENTES DEL *CASE MANAGEMENT* EN GENERAL

La doctrina y visión detallada de la necesidad de “conducción, dirección y gerenciamiento de los procesos”, luego de 1939, se desarrolló en el mundo Anglo-Americano con los términos muchos más amplios de “*case management*” (CHAYES, 1976, p. 1281). Van Rhee (VAN RHEE, 2005, p. 3-13) pone énfasis en que la influencia del código francés de 1806 fue, mayormente, apoyar un enfoque de *laissez faire* de la litigación, bajo la cual los litigantes y los abogados (no los jueces) controlan el contenido y el progreso de los casos. El código austríaco de Franz Klein, introducido a finales del siglo XIX, estaba más orientado hacia el tipo de activismo procesal y judicial que caracteriza el gerenciamiento y la conducción de procesos americanos de finales del siglo XX (CAPPELLETTI, GARTH, 1984, p. 252).

El aumento, fortalecimiento e intensificación del gerenciamiento judicial de casos se constatan en las reformas de los últimos años al sistema federal y también estadual en EEUU. Para ilustrar, en enero de 2017, la corte federal de San Francisco emitió una acordada que ordenaba la necesidad del uso de las reglas de gerenciamiento y que los tribunales lo aplicaran (MARCUS, 2017; SLOTNICK, 1983). Esta afirmación podría aplicarse a la mayoría de los sistemas procesales continentales. El tribunal es responsable de la dirección del proceso (STÜRNER, WENDELSTEIN, 2017). La extensión de los aspectos formales del procedimiento, como el poder dar inicio y conducción, dirigir su curso (§136 (1) ZPO) y de cerrar la audiencia y proveer la decisión de la corte (§136 (4) ZPO), en Alemania, es una realidad positivamente valorada. El proceso civil en países que pertenecen a la familia legal romano-canónica es desconcentrado o bien incluye una audiencia concentrada en la principal intermediación judicial y rol central de audiencias lo más provechosas posibles, como en Alemania e Inglaterra (BETTINGER, 2016, p. 41-49, p. 69-77; ANDREWS, 2000, p. 464; GUINCHARD, 2015, p. 789-800, p. 843-848).

Como ha sido comentado por Fleck, la transparencia en la división de funciones, además de la independencia del poder judicial, es un factor decisivo sobre la operación de la conducción judicial como un todo en todas las instancias (FLECK, 2014, p. 11). Son relevantes desde una mirada horizontal al menos cuatro componentes importantes: (i) por un lado, la especialización de los tribunales (COMOGLIO, 2014, p. 16); (ii) por otro lado, la flexibilidad para adaptar la composición del tribunal y el procedimiento a la importancia y/o la complejidad del caso (único juez, tribunal colegiado, simplicidad del procedimiento); (iii) luego la incorporación de nuevas tecnologías y aplicación de inteligencia artificial tanto para mejora de la gestión administrativa como para la conducción de los procesos; (iv) finalmente un adecuado sistema multipuertas que coordine los métodos alternativos de solución de controversias con las vías adjudicativas (BADÓ, 2014, p. 27-58).

## 2. LA PREGUNTA SOBRE EL DERECHO AL RECURSO Y EL ACCESO A LA APELACIÓN

La toma de decisiones de la apelación tradicional en la mayoría de los casos se ve afectada por la sobrecarga de los tribunales de alzada. Al acelerarse el pronunciamiento de la sentencia en primera instancia por la adopción del modelo por audiencias, se eleva el número de sentencias susceptibles de apelación en menos tiempo, con un nivel jurisdiccional con menor cantidad de recursos humanos que el inferior. Acá se usa el término “apelación” en un sentido amplio para designar cualquier intento de tener la revisión de una corte superior sobre las investigaciones de hechos o de derecho de una corte inferior para obtener la corrección o eliminación de una decisión judicial. Los países del Derecho Civil han tenido tradicionalmente una amplia gama de opciones de remedios contra las decisiones de las cortes (DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, 2015, p. 291). El método para desafiar las decisiones judiciales ante cortes de segunda instancia determina los arreglos necesarios para un trabajo de calidad eficaz y eficiente de aquellas.

Jolowicz (JOLOWICZ, 1999, p. 2-3) ha descrito una división de países de la Unión Europea en tres categorías: (i) países como Inglaterra y Suecia, donde todos los procedimientos de impugnación ante la primera instancia son llamados apelaciones; (ii) otros países donde una distinción se mantiene en mente entre un segundo nivel (apelación) y un tercer nivel (revisión), como Alemania y Austria; (iii) finalmente, países donde la distribución es en segundo nivel (apelación) y tercer nivel (casación), como España, Italia y Polonia. La administración y los procedimientos de apelación y de corte suprema son diferentes a los de una corte inferior (FERRAND, 1993; BIERSCHEK, 2015, p. 11-15). El corazón de la evaluación sobre la toma de decisiones judiciales en las cortes superiores es el filtro al acceso a la apelación con un criterio correcto de selección con la combinación de presentaciones escritas y orales (LANGBEIN, 2012, p. 522; BURBANK, SUBRIN, 2011, p. 399) para litigar y técnicas adicionales de administración de casos especiales de la segunda instancia que difieren de las empleadas por tribunales inferiores.

### 2.1. LÍMITES Y DERECHO AL RECURSO

Por un lado, con la voz “recurso” se refiere a un medio intra-procesal para objetar una decisión judicial, normalmente ante un tribunal o juez superior (VESCOVI, 1988, p. 336). Por otro, a todo mecanismo extraprocesal, en realidad de “acción” para la tutela de derechos. En los tratados internacionales hay una verdadera anfibología, tanto en relación a la voz “recurso” como en lo referido a “acción” de tutela de derechos fundamentales. De hecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a una y otra en artículos distintos y también en la Convención Europea de Derechos Humanos en la versión en español y francés. Ahora bien, el derecho a recurso se vuelve relevante en el contexto de las reformas judiciales (HERZOG, KARLEN, 2014). En el Imperio Romano la *apellatio* cumplía una función. En efecto, si bien en principio los juzgadores eran seres humanos y, por lo tanto, el riesgo del error estaba siempre latente, la revisión de estas decisiones era siempre realizada por el

Emperador, que tenía un origen divino y, en consecuencia, era infalible. La impugnación en Roma entonces cumplía una función de decisión última que era infalible (PRIORI POSADA, 2003, p. 414; VESCOVI, 1988, p. 18; SHAPIRO, 1979, p. 629).

Asimismo, no consagran expresamente un derecho al recurso en materias civiles los tratados internacionales sobre esta materia. En la mayoría de las Constituciones analizadas (Alemania, España, Francia, Italia, Suecia, Estados Unidos y Latinoamérica), en prácticamente ninguna existe consagrado expresamente un derecho a recurso en general, menos en materias civiles<sup>2</sup> (para España y su sistema restringido véase ESPARZA LEIBAR, 2007, p. 160-170). Italia y Suecia, asimismo, son países cuyas constituciones consagran, de algún modo, un derecho explícito a recurso aplicable también a materias civiles. Sin embargo, en ninguna se trata de un derecho a recurso en general (que incluya a las Cortes de Apelaciones) sino que en específico para acceder a la Corte Suprema.<sup>3</sup>

Con calidad, en este contexto, Couture, por ejemplo, en el proceso civil no incluía los recursos dentro del *due process of law* (COUTURE, 1979, p. 59 y ss.; Comp. ALSINA, 1961, p. 207). Sin embargo, una comprensión tal del derecho al recurso en tanto como derecho a ganar es objeto de críticas severas (LINDBLOM, 2000, p. 341). En otras palabras, el único que se beneficia de un derecho a recurso es aquel que logra revertir el fallo impugnado.<sup>4</sup>

Un aspecto adicional importante en las reformas introductorias de procesos por audiencia es el fortalecimiento de la primera instancia. Un cambio de paradigma es concentrar recursos e invertir en la primera instancia como señal de igualdad. Lindblom sostiene que desde el punto de vista de la igualdad todos los casos se benefician de los recursos invertidos en la

...

- 2 Dos casos excepcionales son Italia (derecho al recurso de casación) y, en Latinoamérica, Ecuador. En Latinoamérica la preocupación de los constituyentes pareciera haber sido la opuesta. En vez de consagrar un derecho a recurso para asegurar un sistema recursivo amplio, las disposiciones constitucionales que se encuentran buscan más bien restringir los recursos. En la lectura de Fix-Zamudio: “Son varias las Leyes Fundamentales Latinoamericanas que limitan expresamente las instancias a dos o tres, según estimen que el recurso de casación pueda dar lugar a una instancia o a una etapa diversa al proceso. En esta dirección podemos señalar los siguientes textos constitucionales: artículo 200 de la Carta Fundamental de Ecuador, artículo 245 de Guatemala; artículo 215 de Honduras y el artículo 232 de Nicaragua” (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 206).
- 3 En Italia, el artículo 111 de la Constitución consagra un derecho a la casación, que es exclusivamente conocida por la Corte Suprema italiana. En Suecia, el artículo primero del capítulo XI de la Constitución consagra que la Corte Suprema es la última instancia jurisdiccional. Sin embargo, a diferencia de Italia, ahí también se agrega que la legislación ordinaria puede establecer restricciones. Luego, si bien en Suecia está consagrado un derecho a recurrir ante la Corte Suprema, éste no constituye un límite a las reformas restrictivas del legislador.
- 4 Así, Pound resalta: “*There is no-one who is not aware how frequently appeals are employed, and how necessary they are to correct the injustice or ignorance of judges*” (POUND, 1941, p. 392).

primera instancia, y sólo los casos meritorios y de probable reversibilidad impugnados se benefician del sistema de apelaciones, y no existe garantía de que la apelación será solamente utilizada en los casos correctos (esto es, contra una sentencia incorrecta) (LINDBLUM, 2000, p. 341). En el sistema continental, los jueces de primera instancia son normalmente nuevos en el trabajo, y la revisión de los casos mediante la apelación permite a los jueces de alzada—más experimentados— corregir los errores de aquellos y guiarlos en la profesión de juzgar (MARCUS, 2017; PETERSON, 1995, p. 41, p. 59; CHRISTENSEN, SZMER, 2012).

El dilema descrito se agrava si somos conscientes de qué tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía.

*“Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y en el “doble grado de jurisdicción” como una importante garantía procesal, tal vez una garantía de libertad, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada”. Asimismo, Cappelletti ha expresado sus objeciones al principio de doble instancia señalando que “la apelación implica una perniciosa desvalorización del juicio de primer grado”. (CAPPELLETTI, 1984, p. 252)*

Adicionalmente, Couture ha expresado que *“la privación de un recurso de apelación no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso”* (COUTURE, 1979, p. 158). Esta tesis ha sido ratificada por Vescovi, que ha señalado que *“si el tribunal de segunda instancia es el que predominará y, por otra parte, es el que está mejor integrado (generalmente por la colegialidad y mayor versación y experiencia de sus miembros), ¿por qué no se suprime, entonces la primera instancia?”* (VESCOVI, 1988, p. 13).

En el caso “Herrera Ulloa”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprendería que el derecho de recurrir es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por *“un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”*, en realidad una exigencia de doble conforme en materia penal en interpretación integrada con el caso Mohamed vs. Argentina (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012), pero no aplicable ni replicable a materia civil (SOSA, 2016). Hablar de doble instancia no equivaldría a hablar de doble juicio mediante apelación ni de revisión amplia. Incluso el derecho a recurrir por apelación es un derecho limitable y reglamentable cuando no eliminable en determinados casos (NÚÑEZ, 2008, p. 199-223; CARRASCO, 2017, p. 443-469; NUÑEZ, CARRASCO, CORONADO, 2018; LOUTAYF, 1989, p. 62-63).<sup>5</sup>

•••

5 Finalmente la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en autos *“Recurso de Hecho deducido por Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina en la causa Sociedad Anónima Organización Coordinadora*

## 2.2. MODELOS COMPARADOS

Adicionalmente a las adecuaciones horizontales de reformas hacia modelos por audiencia, es importante tener en cuenta las verticales, la interacción entre las cortes superiores e inferiores. El rol y los fines de la apelación en las cortes de apelación y el diálogo con las Cortes Supremas, el filtro al acceso, la carga de casos y el alcance de la revisión en la alzada y el procedimiento, tomando en cuenta que el número de jueces en los tribunales superiores no es el mismo que en las inferiores. La administración, dirección y gerenciamiento de procesos en la apelación es y debe ser diferente (POSNER, 2014, §22.18). Por ejemplo, respecto de la reforma alemana, el profesor Stürner explica que la reforma del 2001 talvez no sea el resultado de un gran trabajo de derecho comparado. Sin embargo, el memorándum del proyecto de ley de reforma se refiere a ejemplos de ‘buena práctica’ de Inglaterra, Austria, Suiza (Zurich), Francia e Italia para demostrar que los cambios previstos ya habían sido implementados en otras jurisdicciones. El mayor desarrollo de la reforma de 2001 fue la abolición de una apelación amplia. Se hicieron referencias al derecho austríaco y al inglés para demostrar que el foco debiese estar más bien en fortalecer los procedimientos de primera y limitar el acceso a la segunda instancia (STÜRNER, 2017).

Briggs en su reporte sostiene: “*Rights of appeal are not necessarily to be equated with a right of a litigant to some theoretically correct outcome to their dispute... The perfect can be the enemy of the good, and theoretically perfect but very slow justice can be worse than timely, but slightly rough, justice for everyone.*” (BRIGGS, 2015, 9.30)

Un punto de vista opuesto al derecho ilimitado a la apelación como parte de un juicio justo es el que promueva los valores de la legitimación institucional, y el respeto por la dignidad individual y la decisión de la primera instancia (ROBERTSON, 2013, p. 1219). Así el pretendido estandar de revisión, para una amplia gama de resoluciones, sería un *abuso de discreción*. El resultado de la regla de tiempo, y el estandar de revisión de los jueces en Estados Unidos, ha sido bastante libre en contraste con el Continental-Europeo. Un ejemplo en California, aunque la Constitución de California establece cortes de apelación, no reconoce explícitamente un derecho de apelación en casos civiles o criminales (SALTZMAN, 2014, p. 95-104). También, en Inglaterra, no hay derecho a apelar; el apelante debe conseguir la venia “*leave*”, o permiso de una corte superior, o de un juez de primera, para que el caso sea conocido en apelación (ANDREWS, 2014, p. 73-94).

*Argentina s/Infracción a la Ley 22.802. causa N° 38.104*”, fallado con fecha 27-VI-2000 (Fallos 323:1787), doctrina reiterada en Fallos 325:2711 (“Butyl”), es decir, dicha garantía no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (Fallos 323:2357, voto del juez Petracchi), por lo que el debido proceso legal en causas como el sub lite no se afecta por la falta de doble instancia, salvo cuando las leyes específicamente lo establecen...” (Fallos 329:1180; abril, 2006)”.

En contraste, dentro de este horizonte de modelos restringidos como el proceso civil inglés<sup>6</sup> o en modelos de renovación *ex novo* y amplios como el francés, pero con el requisito que la causa debe superar el monto de los 4000 euros para su admisibilidad por el inferior, quedando las causas por debajo de ese monto sometidas a otros recursos como el *pouvoir de cassation* (FERRAND, 2009; GALLET, 2010).<sup>7</sup>

Alemania tiene una suma mínima de 1000 euros, pero con la posibilidad de apelar las causas por debajo de ese monto si coadyuvan al desenvolvimiento del derecho o su unificación (RIMMELSPACHER, 2016). La constitución alemana no garantiza el derecho a apelar (STÜRNER, 2017, p. 433-437). Esta posición está respaldada en consideración a que no hay una provisión expresa en la Ley Fundamental que confiera el derecho a una instancia ulterior, sin perjuicio de la garantía general de protección judicial contra cualquier acto de la autoridad pública, y las cortes de derecho son parte de la autoridad pública. Algunas posiciones usan este razonamiento para apoyar la idea de que, según ese principio, debe ser en contra de cualquier decisión de una corte. “Sin embargo, como esto podría llevar a una cadena infinita de apelaciones, toca al legislador establecer sus límites, tomando en cuenta otros valores constitucionales como el principio de finalidad. Las restricciones al acceso a la corte de apelación deben ser diseñadas siguiendo el principio de proporcionalidad” (STÜRNER, 2002, p. 79; ELLIOTT, THOMAS, 2012, p. 297). El tribunal de segunda instancia puede, no obstante, rechazar por inadmisibile el recurso cuando la apelación no tiene posibilidad de éxito y el caso que no carece de importancia fundamental, no colabora al desarrollo del derecho ni a la unificación de la jurisprudencia (§522 ZPO) que originalmente en el 2002 carecía de medio de impugnación contra la resolución, o que llevó luego a una reforma en el 2011 del sistema asegurando un recurso ante el superior por rechazo del recurso (RIMMELSPACHER, 2016; SAUERESSIG, 2008).

En Italia, Lupoi describe a las Cortes de Apelaciones como cortes de segunda instancia, de apelaciones contra decisiones de los tribunales inferiores. Tienen competencia funcional territorial sobre los Tribunales que están localizados dentro del circuito (en una escala regional o multi-provincial) (LUPOI, 2017, p. 1153-1178). “La Constitución Italiana no otorga el derecho constitucional de apelar en contra de un juicio de primera instancia. En otras palabras, el sistema constitucional italiano no otorga el derecho de jurisdicción de doble nivel. Tal adjudicación sobre los méritos, en doble nivel, sin embargo, está reconocido en el código de procedimiento civil (artículos 339 et seq)”. Por cierto, con mucha crítica por parte de la doctrina, se incorporó el mismo modelo

•••

6 Cfr. Rule 52.3 (1) CPR inglesas.

7 Ver igualmente Rapport Magandie I (2004) y II (2009). Efectivamente el doble grado jurisdiccional o doble instancia plena es visto como un derecho amparado por el art. 6 de la CEDH y 61 de la Constitución francesa, siendo la apelación una vía de “*Réformation*” como de “*annulation*” en los hechos y en el derecho, siendo posible plantear nuevas pretensiones y defensas como la producción amplia de prueba.

alemán de filtro *ex ante* por el *ad quem* en el año 2012 (posibilidad de rechazo por éxito improbable del recurso por falta de importancia de la cuestión), pero sin los mecanismos impugnativos contra la decisión de admisibilidad, lo que es fuertemente criticado por la doctrina (FERRARI, 2014; CAPONI (a), 2012). Como argumentos esenciales, parten de que la justicia por metas de gestión y necesidad de ahorrar resulta finalmente atropellada con un fin meramente de descongestionamiento de la alzada (CAPONI (b), 2012).

### 2.3. MAYOR EFICIENCIA Y LIMITACIÓN A LA APELACIÓN VS. MENOR EFICIENCIA Y AMPLITUD DE ACCESO A LA APELACIÓN

Ahora bien, de cara al problema de restricción presupuestaria respecto del óptimo de eficiencia, el legislador no tiene una exigencia normativa que le imponga la carga de invertir una cantidad que supere su línea de presupuesto. Por tanto, si el punto óptimo de eficiencia se ubica por sobre tal línea, entonces el legislador no podrá satisfacer tal óptimo y tendrá que buscar una ponderación de los bienes en cuestión que se ubique en o bajo la línea de restricción presupuestaria (ATIENZA, MANERO, 2000, p. 147-156). Pues bien, en este caso: (i) cualquier restricción presupuestaria que impida alcanzar el punto de satisfacción del debido proceso respecto de la corrección del error judicial devendrá en irrelevante para tal garantía. Como consecuencia de ello, el legislador deberá adecuar su línea de presupuesto aumentando los recursos disponibles, al menos al nivel que le permita financiar el nivel de corrección del error judicial exigido por las consideraciones del debido proceso (ESPARZA LEIBAR, 2007, p. 160-170; SOSA, 2016); (ii) Existe una relación inversa de los costes sociales y privados. Es evidente que, no estando en peligro el debido proceso, el legislador no se encuentra impedido por ponderaciones que obstruyan o minimicen la inversión en la justicia donde mejor se satisface la visión del legislador auto-interesado (VARGAS, FUENTES, 2011).

Es admitido que la corrección del error por la falibilidad humana es en realidad apenas uno de los fundamentos de la existencia de la apelación (MALEM, 2008). Comúnmente el acto impugnativo se lleva a cabo por medio del recurso de apelación, el que tiene por objeto corregir las principales desviaciones que se observan en una sentencia (VOIGT, 2016, p. 183-208; HIERRO, 2002, p. 50-55). El juez, como todo ser humano, no está libre de cometer errores en la actividad jurisdiccional y, por lo tanto, es necesario conceder a las partes un mecanismo de reconsideración de eventuales fallas. Además, la posibilidad de impugnación sería un elemento del debido proceso (DALTON, 1985).

Cuando se desarrolla el paradigma “consecuencialista” de la decisión judicial, considero que los magistrados judiciales no deben desentenderse de los efectos económicos y sociales que sus decisiones conllevan (LORENZETTI, 2006, p. 188, p. 219). De tal forma que, al interpretar la norma en un sentido o en otro, se deberan tener en cuenta las consecuencias que la decisión tendrá para los otros casos analogos. En tal sentido cabe recordar la enseñanza de Morello: “*Compatibilizar la conjunción criteriosa y en sinfonia del Derecho con la Economía*” (MORELLO, 2005).

Sostiene Shavell con corrección: “*Having focused on error correction as a purpose of the appeals process, let me close with observations on its other possible functions. I have already discussed lawmaking as a purpose of appeal, noting the importance of lawmaking in fact but inquiring about the intrinsic need for the appeals process (rather than independent action of higher courts) to serve the lawmaking goal. A closely related function that the appeals process is often said to satisfy is harmonization of the law, namely, resolution of conflicts in the interpretation of the law among trial courts.*” (SHAVELL, 1995, p. 425)

La corrección del error es una visión minimalista de la apelación, pero por cierto la más cercana al interés de la parte perdedora. En realidad, la apelación persigue múltiples fines y, entre ellos, está otorgar legitimidad al proceso legal y también garantizar la unidad y uniformidad de la jurisprudencia. Parece claro, sin embargo, que cualquier necesidad de legitimar el proceso legal debe estar enraizada en la posibilidad de que el proceso pueda generar un error; de lo contrario, por definición, el proceso legal se considerará legítimo (SHAVELL, 1995, p. 425). Así en realidad se combina en la interrogante sobre el derecho a recurso no solo el acceso, sino también la extensión de impugnación que exige para verse satisfecho. La falibilidad no resulta ser suficiente fundamento en tanto también son humanos quienes integran la alzada, por un lado, la disidencia y la posibilidad de voto en mayoría y minoría son manifestaciones de ello (VARGAS, FUENTES, 2011, p. 343-355).

En este estudio, la opción de una apertura de la apelación sujeta a criterios objetivos discrecionales puede calificarse como una tercera vía frente a la inapelabilidad y la apelación ilimitada en su acceso. Considérase informada por una filosofía moral a la que se da el nombre de consecuencialismo calificado ya que es, en el criterio que se comparte, la que mejor combina el principio de proporcionalidad asociado a una guía de rendimiento sobre cómo operativizar la apertura de la puerta del recurso (MULLENDER, 2000). La corrección de errores y otros objetivos tiene un propósito privado y público. El sistema de apelación existe para satisfacer ambos intereses y propender a mantener el equilibrio entre ambas esferas (DE SAULLES, 2017). Acá se propone no un examen del superior de prognosis de éxito del recurso para poder arribar a un juicio *ex ante* de admisibilidad del mismo, sino uno *ex post* como parte de la decisión de mérito de la apelación que actúa como incentivo negativo en costas, y otras sanciones, como el aumento en sobre los límites de los honorarios del abogado vencedor (BRASIL, Art. 85, § 11, 2015).

#### 2.4. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA APELACIÓN

Siguiendo al AEDPR, los objetivos a procurarse incluyen dos tipos de costos a considerar: los que hacen al sistema de justicia en general en tanto costos administrativos y, por otro lado, la posibilidad de reducir los costos del error. Así puede hablarse de eficiencia cuando se contemplan ambos aspectos en equilibrio (WAGNER, 2009). Es con corrección un contrasentido cuando se afecta el debido proceso limitando irracionalmente el acceso a la justicia, siendo

que se niega el debido proceso sob el pretexto del costo procesal, sin minimizar la posibilidad del error de una decisión. Aplicando dichos postulados, se llega a la conclusión de que se respeta el debido proceso, en materia de acceso a la justicia, si es el caso que un Tribunal se niega a dar una audiencia a un sujeto (derecho a ser oído) en el evento que el costo del respeto de la garantía sea mayor que la probabilidad del error si se niega la salvaguarda, multiplicado por la entidad de la pérdida si se materializa el error. Si se produce el caso contrario, entonces, debe concederse al ciudadano el derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional (BRUNS, 2011; UNBERATH, 2007).

A partir del examen de lo formulado mencionado, que materializa las exigencias y propósitos del AEDPR, podríamos concluir que se posibilita una ponderación de los intereses involucrados en el resguardo del debido proceso, así como los criterios tendientes a la optimización de los costos sociales, por lo que la contradicción intuitiva antes indicada no sería tal. Evidentemente esta conclusión debe ser examinada a la luz de instituciones procesales, en particular donde estas exigencias concurren (PFLUGHAUPT, 2011). En relación a la apelación, algunos factores juegan recíprocamente y deben resolverse y para ello el AEDPR puede ser de gran ayuda. La limitación y el gerenciamiento adecuados del tiempo que insume eludir consecuencias dañosas para las partes cuando existe la incertidumbre de si lo decidido en primera instancia se mantiene o no (SHAVELL, 1995). Así el establecimiento de filtros de la apelación fijos combinados con elementos de discreción podría ser una opción cuando en definitiva el costo del recurso no compense sus beneficios.

Un primer mecanismo es la ejecución provisional de lo decidido o establecer la regla del cumplimiento inmediato (sin efecto suspensivo). Sin embargo, la parte victoriosa podría no optar por ejecutar frente al mínimo riesgo de revocación. La normalidad es que los litigantes son adversos al riesgo y consideran entre sus tácticas la posibilidad de una revocación con los gastos asociados a tener que restituir las cosas al estado *ex ante*. Este mecanismo es necesario pero no suficiente como incentivo para no interponer recursos caprichosos y meramente dilatorios (PICÓY JUNOT, 2013).

Un segundo mecanismo que parte de la visión de la administración de justicia como un servicio y que debe proveer externalidades positivas es focalizarse en la admisibilidad del recurso y prognosis de éxito del mismo (revocación) que, como se verá, combina eficiencia con el debido proceso. Tal mecanismo exige considerar límites o umbrales máximos y mínimos de error. Con el primero se tiende a la inadmisibilidad del recurso ya que los objetivos ya fueron correctamente logrados por el fallo de primera instancia. Con el segundo, por su lado, se incentiva la segunda instancia cuando es necesaria, evitándose las consecuencias negativas en algunos casos de instancia única aún cuando se inste al litigante propenso al riesgo con un examen *ex post*.

Sin embargo no resulta ajeno que se genera un mayor nivel de litigación donde se genera con mayor probabilidad la concurrencia de costos administrativos. Esto aún con posibilidad de ejecución provisional. Esto se explica ya que la mayoría de los litigantes se consideran

con aversión el riesgo de la revocación. Recuérdesse que el litigante no es neutral y considera riesgos y potencialidades de una segunda decisión. Consecuentemente el litigante instará a seguir litigando proporcionalmente como si fuera —y lo es no neutral—, aunque mucho menos aún, que una persona propensa (SHAVELL, 2006). El costo de la revocación aún con ejecución provisional es considerado un riesgo que sesga el uso del mecanismo sin sentencia confirmatoria del tribunal de apelación. Diferente, quizás, sería el panorama para el litigante ganancioso frente a una sentencia confirmatoria de segunda instancia y la eventualidad de un recurso extraordinario de su contraparte contra aquella.

La tercera vía que se propone para análisis es consagrar límites objetivos (monto) pero sumar que el tribunal inferior, con mayor o menor grado de discreción, pueda definir cuáles recursos serán finalmente conocidos y decididos. Así el tribunal de apelación con el beneficio social de la discrecionalidad para determinados casos tendría la facultad para considerar casos, no obstante evaluarlos *ab initio* como carentes objetivamente de resultado exitoso, darles tramitación y que la consecuencia de un caso no meritorio o abusivo se refleje en sanciones de diversas índoles en la sentencia de mérito del recurso, es decir, un control *ex post*. Una apelación debiera ser admitida si el beneficio social que generaría la apelación es superior al costo del procesamiento de la misma (SHAVELL, 1995). De esta forma no se prodiga una única instancia y además se genera una disminución al temor a la apelación. Con ello y el riesgo de la inadmisibilidad con los filtros adecuados se fortalece la decisión de primera instancia en un sistema de procesos por audiencia, pero sin eliminar la posibilidad de la apelación que contemple un filtro que trabaje con el límite o umbral mínimo de riesgo traducible en la decisión de mérito. El control es realizado por el inferior, pero en definitiva interesa el del superior para verificar si esa apelación en concreto satisface los límites o umbrales mínimos de error posible en los que haya incurrido la decisión impugnada.<sup>8</sup> Téngase en cuenta que en Francia no hay examen de admisibilidad del superior basado en el éxito probable del recurso, lo que sí existe en Alemania.

...

<sup>8</sup> Como datos estadísticos comparemos la apelación restringida alemana con la amplia francesa. El aumento de las apelaciones en Francia en el Tribunal inferior (Tribunaux de Grande Instance) subió desde el 12,6 (2004) al 14,5 (2008). Mientras que en Alemania fue del 14,2 (2005) al 15,5 (2009) en los OLG, mientras que en los LG disminuyó del 6,4 (2002) al 4,8 (2005) (STATISTISCHES BUNDESAMT 10, 2002 y 2005). Para un estudio del impacto de la reforma al ZPO alemán global puede verse el estudio HOMMERICH, PRÜTTING, EBERS, 2007. Entre el 2002 y el 2010 en Alemania la duración promedio en la apelación en los tribunales superiores de los estados (Oberlandesgericht-OLG) fue de 7,9 meses mientras que en los tribunales de los Estados (Landgerichten-LG) fue de 5,4 meses (STATISTISCHES BUNDESAMT 10, 2010, 2.1, Tabla 6.2) (STATISTISCHES BUNDESAMT 10, 2012, 2.1, Tabla 6.2). En el 2012 en Alemania en el OLG fue 8,7 y en el LG fue de 6,2 meses. En Francia, en la Cours d'appel fue de 14,3 meses, luego de la reforma del 2009 el promedio de duración de la apelación fue de 12,8 meses ([www.justice.gouv.fr/statistique.html](http://www.justice.gouv.fr/statistique.html), acceso el 8/12/2018).

Cuando se desarrolla el paradigma “consecuencialista” de la decisión judicial consideramos que los magistrados judiciales no deben desentenderse de los efectos económicos y sociales que sus decisiones conllevan (SHAVELL, 1995). De tal forma que al interpretar la norma en un sentido o en otro, se deberán tener en cuenta las consecuencias que la decisión tendrá para otros casos análogos.

Una apelación óptima, previstos sus objetivos y limitaciones, podría considerarse en la tercera vía que acá se propone en tanto: (i) El proceso de apelación es socialmente beneficioso y útil cuando hay un nivel de inversión en el proceso de apelación de tal manera que el costo de una apelación más el daño esperado por no revertir el error es menor que cierto daño por error, el último a ser lo que se sufriría en ausencia del proceso de apelación (FRYDMAN, 2008; VARGAS, FUENTES, 2011); (ii) Empleada la apelación con el criterio de la conducta del buen litigante, la parte perdedora convencida de que otra era la decisión posible apelará y siendo relevante para el sistema (no solo para el recurrente) el recurso prosperará. De la misma forma, quien perdió y se convence de la poca probabilidad de éxito o relevancia de su caso no recurrirá; (iii) La corrección y legitimidad de las decisiones de primera instancia son menores cuando se utiliza el proceso de apelación como una continuación de lo decidido por “el inferior” para que sea el “superior” quien haga verdaderamente justicia (SHAVELL, 2010). Hay muchas formas de seleccionar los casos que han de ser decididos por las cortes superiores como el manejo y fijación de tasas (FRYDMAN, 2008, p. 18-29). Incluso, en muchos países, esto no será un problema porque después de un incremento substancial de los precios de tasas judiciales estas son todavía una pequeña fracción de los costos de un caso (BÓKA, 2014, p. 141-161), incluso en casos no meritorios que son decididos poder aumentar sobre el límite los honorarios del abogado de la parte vencedora (BRASIL, Art. 85, § 1, 2015). A pesar de que la decisión de elevar la apelación no es discrecional de acuerdo a los requisitos legales recién mencionados, hay un considerable volumen de jurisprudencia que clarifica exactamente qué es una cuestión de significación (BIERSCHENK, 2015, p. 111-115; DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, 2015, p. 297). Los fundamentos para apoyar la apelación pueden ser una decisión fuerte desde un punto de vista legal, o desde la perspectiva fáctica, pero hay un ámbito limitado para revisar la investigación de los hechos. Una restricción al acceso podría ser evaluada hoy, desde la reforma del 2001, como un filtro justo y eficiente *ex ante* tanto en la primera instancia como en la segunda instancia (BIERSCHENK, 2015, p. 1-5).

Adopto así la opción de que una apelación sujeta a criterios objetivos y discrecionales en la primera instancia y con control discrecional *ex post facto* en la segunda puede bien calificarse como una tercera vía frente a la inapelabilidad y la apelación ilimitada. Considérase informada por una forma de filosofía moral a la que se da el nombre de consecuencialismo calificado ya que es, en el criterio que se comparte, la que mejor combina el principio de proporcionalidad asociado a una guía de rendimiento sobre cómo operativizar la apertura del recurso. La corrección de errores y otros objetivos tiene propósitos privados y públicos. El

sistema de apelación existe para satisfacer ambos intereses y propender a mantener el equilibrio entre ambas esferas (DE SAULLES, 2017).

### 3. CONDUCCIÓN DE LA APELACIÓN EN UN SISTEMA DE PROCESOS POR AUDIENCIAS

Así es posible sostener que la técnica de conducción y alternativas de dirección de la apelación a partir de una primera instancia estructurada en procesos por audiencias en materia civil debe cambiar adoptando mecanismos de audiencia y participación de las partes en determinados supuestos, receptarse la ejecución provisional de las sentencias, introducirse los TIC e incentivarse también en este nivel medios autocompositivos, entre otras medidas. Teniendo un caso meritorio seleccionado adecuadamente y no solo por criterios de monto o cuantía en su admisibilidad, en alzada corresponde a que sea conocido y decidido (revisado y no como nuevo juicio) aplicando los recursos escasos ya mencionados para una sentencia justa de calidad.

Es conveniente y necesario que, al pensar en una reforma del proceso civil, el aporte debería centrarse en conciliar la oralidad y el doble grado con herramientas que permitan cumplir plenamente la función revisora (HITTERS, 1985, p. 71; ACOSTA, 1978, p. 181 y ss.). Así deben realizarse ajustes (i) que combinen un acceso selectivo en la calidad, relevancia e importancia no solo pecuniariamente sino con cláusulas selectivas en caso de no satisfacerse el monto mínimo y ser materia donde se precisa por su importancia para el desarrollo del derecho de un pronunciamiento de la alzada; (ii) una adecuación y sustanciación de la apelación que permita una audiencia de vista de la causa en el caso donde se pueda producir prueba en la alzada, la inmediación y el contacto con las partes es un valor que debiera también considerarse en la alzada; (iii) deben incorporarse nuevas tecnologías que permitan el acceso al registro de imagen y sonido en primera instancia a los efectos de la revisión, pero también el expediente digital que reduzca los tiempos de elevación y devolución del expediente que, siendo digital, eliminaría muchos inconvenientes; (iv) uso e invitación a los ADR también en segunda instancia; (v) instauración de incentivos negativos o de imposición de razonabilidad costo-beneficio mediante la ejecución provisional o inmediata de la sentencia (SHAVELL, 2006).

Hay casos donde la apelación podría eliminarse y es aceptable una única instancia en materia civil y comercial. Esto a partir de la diferencia entre discurso de fundamentación (o justificación) y discurso de aplicación o adecuación, como formas discursivas complementarias (HABERMAS, 1992, p. 349 y ss.). Es aquí donde el discurso de aplicación o adecuación que solo pueden y tienen legitimidad para hacerlo los jueces que intervinieron en el proceso por audiencias en primera instancia es respetable: este discurso se refiere a la corrección de la decisión jurídica motivada en inmediación, en la cual hay que establecer si la norma *prima facie* aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la *situación*

*de aplicacion* (GÜNTHER, 1988; BUNG, 2003; TARUFFO, 1975; DE ASÍS, 2005, p. 77 y ss.; TROCKER, VARANO, 2005).

Parece ser igualmente sensible que los jueces deban dedicar menos de su atención a los casos de lo que pensaron que podría ser correcto, sin un tratamiento judicial completo (REINHARDT, 1993, p. 52-53). Reducir el número de casos, para las cortes de alzada, es un desafío importante de políticas públicas: (i) las cortes de apelaciones y las superiores, o las cortes supremas, están luchando, en muchos países, con una gran carga de casos y con presupuestos que no se han adaptado para asegurar la reducción de los tiempos de espera; (ii) al mismo tiempo, parece haber muchos casos de poco mérito, motivados principalmente por tácticas de retardo, habiendo simultáneamente casos meritorios, y otros de interés público, que necesitan una pronta atención judicial (KODEK, 2014, p. 35-52; POLINSKY, RUBINFELD, 1993).

El *case management* en los tribunales de alzada debiesen enfocarse en su responsabilidad para alcanzar la decisión correcta, o preferible. La corte es un participante activo en el proceso de revisión, asegurando que cada aplicación sea gestionada apropiadamente y que proceda en un tiempo razonable (COOPER, BERMAN, 2000; RICHMAN, REYNOLDS, 1996, p. 273; FISS, 1983, p. 1442, p. 1446). A pesar de su importancia, las decisiones de apelación pueden fácilmente distorsionar la percepción sobre el sistema legal (EISENBERG, 2004, p. 659-688; ROBERTSON, 2013, p. 1219).

¿Cómo podrían las cortes razonablemente maximizar la corrección de errores y el desarrollo del derecho al mismo tiempo? Si la corrección de errores y el desarrollo del derecho pudiesen ser fácilmente medidos y cuantificados, uno podría crear una función que aspirara a maximizar una combinación de ambas. Desafortunadamente, sin embargo, ambos, la corrección de errores y el desarrollo del derecho, desafían las mediciones precisas (LEVY, 2013). Hay una tensión entre “menos apelación, más eficiencia”, y “más apelación, menos eficiencia”. Para simplificar la tarea, uno puede desagregar las dos variables y considerar maximizarlas cada una a la vez (REHNQUIST, 1993, p. 1, p. 3). Un mecanismo importante es el de desarrollar un criterio adecuado de selección judicial para la revisión de casos: una combinación de limitaciones formales, con discreción para controlar, es su propia agenda (HERZOG, KARLEN, 2014, p. 54; FROST, 2008).

El gerenciamiento de casos en la apelación ha sido normalmente pasado por alto por la doctrina. Las cortes de apelaciones necesitan un gerenciamiento de casos especial, con al menos los siguientes puntos: (i) si por casualidad un caso recibirá argumentos orales o será decidido solamente en forma escrita (TIDMARSH, 2016, p. 475-486); (ii) si acaso sus resoluciones serán escritas por los jueces y sus ayudantes judiciales o por abogados funcionarios; (iii) si acaso se resolverá por un fallo público o no público y cómo se realizarán las deliberaciones y las votaciones, los roles de las mayorías y minorías (WALLACE, 2005, p. 187, p. 192; HAWORTH, 1973; MARTINEU, 1986; SCHIAVONI, 2002); (iv) la dinámica generada por el juego entre la agenda y las prioridades de la corte. Un punto de vista adicional es el uso de mediación en las cámaras de apelaciones, que tiene una sorprendente pequeña atención

académica. Mientras que la mediación de juicio ha sido objeto de vasta y sostenida literatura, enfocada en cómo la mediación se detracta del rol público de la adjudicación, la misma ha sido poco explorada a nivel de la apelación (JORDAN, 2007; para el uso de la conciliación y mediación a nivel de los tribunales de apelación en China puede verse CHAN, 2017, p. 167-170).

Las prioridades del tribunal de apelación son, de hecho, una combinación de estos valores, y otros, incluyendo justicia, legitimidad, eficiencia, interés público, por normar algunos. Es un problema constante determinar cuáles prácticas serán mejor efectuadas (LEVY, 2011, p. 27). Varios factores afectan las tasas de apelación: incentivos a la litigación y acuerdos, la diferencia entre los litigantes y un pronóstico diferenciado respecto del éxito de la apelación (EISENBERG, FARBER, 2013, p. 73-109). Un apropiado sistema de filtro tiene un rol cualitativo y cuantitativo, y un propósito (DRAGO, FAUVARQUE COSSON, GORÉ, 2015, p. 1-20).

En este sentido, la propuesta de las Bases para la Reforma 2020 en Argentina dan una luz de lo deseado y como quizás para ello haya que tener en cuenta lo detallado anteriormente. La celeridad y prohibición de reenvío es un adecuado mecanismo de gerenciamiento en la alzada. Además, lo principal a indagar en esta investigación es incorporar el logro *“de la inmediatez del tribunal de alzada con las partes y con el material del litigio a través de la petición de las mismas para exponer oralmente y en audiencia los motivos de agravios y/o la contestación de los mismos, como disponer que toda la prueba que deba ser producida en la cámara se reciba de modo oral en audiencia (explicación de peritos, declaración de testigos o partes). Ello sin perjuicio de recibir la filmación de todo lo actuado en las audiencias de primera instancia”*.

Esto resulta viable desde que debe recordarse que la apelación no es un nuevo juicio. El modelo de apelación es una versión intermedia entre el más restringido y el más amplio (PERROT, 1979, p. 1986; PRIETO-CASTRO, 1964, p. 351; HITTERS, 1985, p. 503). En este sistema, solamente se puede rendir la misma prueba que ya se rindió en primera instancia y no se pueden formular nuevas pretensiones (CARNELUTTI, 1944, p. 722). El cambio a un procedimiento destacadamente oral o mejor dicho “por audiencias” produce la necesidad de repensar el sistema del recurso de apelación (LOUTAYF, 1989, p. 410; IBAÑEZ, 1969, p. 141, p. 143).

## CONCLUSIONES

1. La atención que los tribunales de apelación (al igual que los jueces de primera instancia civil) pueden prestar a los casos que conocen se ha convertido en un “recurso escaso”.
2. Soy de la opinión de acuerdo a lo analizado que deben existir filtros objetivos en primera instancia, como la cuantía de la disputa, pero sumar a ellos la posibilidad discrecional de admitir

la apelación para los supuestos por debajo del tope cuando: la importancia de lo discutido para desarrollo del derecho o bien para la unificación de la jurisprudencia. Allí un control *ex ante* se justifica y permite un sano descongestionamiento de la segunda instancia y a su vez no deja sin tutela a casos que por sus características lo ameritan. Por el contrario, en la segunda instancia creo que los filtros *ex ante* fundados especialmente en la prognosis de éxito del recurso o importancia de la causa no son adecuados y funciona mejor un control *ex post*, con tramitación de la apelación en la audiencia de vista del recurso contra sentencias definitivas que permitan incluso actividad probatoria y con el adecuado gerenciamiento y conducción con los aditamentos de discrecionalidad propios de un tribunal colegiado. La sanción *ex post* para el recurso innecesario puede traducirse en sanciones de la más variada gama contra el que recurrió y objetivamente estaba destinado a perder el recurso.

3. La administración de casos en cámaras de apelación ha sido normalmente pasada por alto. Las cortes de apelaciones necesitan una “administración de casos” especial con la incorporación en algunos casos de la vista del recurso para dar oportunidad a las partes de ser oídas en segunda instancia.

#### AGRADECIMIENTOS

*El autor agradece el apoyo financiero de la Universidad Católica del Norte (Chile) y de la Universidad de San Pablo-T (Tucumán, Argentina).*

#### REFERENCIAS

ACOSTA, José. *Agravio irreparable*. Buenos Aires: Ediar, 1978.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1961.

ANDREWS, Neil. *English Case Management System (Report England)*, London: Inédito, 2017.

ANDREWS, Neil. A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems, *Cambridge Law Journal*, Vol. 59, n. 3, p. 464-466, 2000.

ANDREWS, Neil. Restriction On Appeal in English Law, in Uzelac, A.; van Rhee, R. (Eds.) *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse*, Cambridge: Intersentia, p. 73-94, 2014.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; MANERO, Javier. Rules and principles revisited, *Associations Journal for Legal and Social Theory*, Vol. 4, n. 1, p. 147-156, 2000.

BADÓ, Attila. "Fair" Selection of Judges in a Modern Democracy, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht: Springer, p. 27-58, 2014.

BALDWIN, John. *Pre-Trial Justice*. London: Blackwell, 1985.

BASES PARA LA REFORMA EN ARGENTINA (2017). <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>. (Visitado 5/5/2018).

BETTINGER, Nicole. *Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht: Erfolg des Hauptverhandlungsmodells*. Tübingen: Siebeck, 2016.

BIERSCHENK, Lars. *Die zweite Instanz im Deutschen und französischen Zivilverfahren*. Tübingen: Siebeck, 2015.

BÓKA, János. "To Delay Justice is Injustice": A Comparative Analysis of (Un) Reasonable Delay, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht: Springer, p. 141-161, 2014.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. [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). (Visitado 20/8/2019).

BRIGGS, Michael, Lord Justice. Civil Courts Structure Review: Interim Report, *Judiciary of England and Wales*, London, 2015.

BRUNS, Alexander. Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 124, n. 1, p. 29-44, 2011.

BUNG, Jochen. *Subsumtion und Interpretation*. Nomos: Baden-Baden, 2003.

BURBANK, Stephen; SUBRIN, Stephen. Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 46, p. 399-414, 2011.

CAMERON, Charles M.; KORNHAUSER, Lewis. Decision Rules in a Judicial Hierarchy, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 161, n. 2, p. 264-292, 2005.

CAPONI, Remo (a). La riforma dei mezzi di impugnazione, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 66, n. 4, p. 1153-1178, 2012.

CAPONI, Remo (b). Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro di cassazione nel processo civile, *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 57, n. 2, p. 1539-1556, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. A Comparative Conclusion, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen: Mohr, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTHEA, 1944.

CARRASCO, Nicolás. La eficiencia procesal y el debido proceso, *Revista de Derecho Privado*, n. 32, p. 443-469, 2017.

CARRINGTON, Paul D. The Function of the Civil Appeal: A Late-Century View, *South Carolina Law Review*, Vol. 38, p. 411–435, 1987.

CAUTHEN, James; LATZER, Barry. Why so long? Explaining processing time in capital appeals, *The Justice System Journal*, Vol. 29, n. 3, p. 298–312, 2008.

CHAN, Peter. *Mediation in Contemporary Chinese Civil Justice: A Proceduralist Diachronic Perspective*. Leiden; Boston: Brill - Nijhoff, 2017.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harvard Law Review*, Vol. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

CHRISTENSEN, Robert K.; SZMER, John. Examining the efficiency of the U.S. courts of appeals: Pathologies and prescriptions, *International Review of Law and Economics*, Vol. 32, p. 30-37, 2012.

COMOGLIO, Paolo. *Il giudice specializzato in materia di impresa*. Torino: Giappichelli, 2014.

COOPER, Jeffrey O.; BERMAN, Douglas A. Passive Virtues and Casual Vices in the Federal Courts of Appeals, *Brooklyn Law Review*, Vol. 66, p. 685-754, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia 23 de Noviembre de 2012, Costa Rica, San Jose de Costa Rica.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho procesal civil. vol. I – La constitución y el proceso civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

DALTON, Harlon. Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously, *Yale Law Journal*, Vol. 95, p. 62-107, 1985.

DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Juez y la motivacion en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.

DE SAULLES, Dominic. Process Costs and Error Costs: The Reform of Civil Appeals in Anglo-American Perspective, *Athens Journal of Law*, p. 179-200, 2017.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*. Milano: Giuffrè, 2015.

DRAGO, Guillaume; FAUVARQUE COSSON, Bénédicte; GORÉ, Marie (Eds.) *L'accès au juge de cassation*. Societe de Legislation Comparee, 2015.

DRAHOZAL, Christopher. Judicial Incentives and the Appeals Process, *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 51, n. 3, p. 498-499, 1998.

EISENBERG, Theodore; HEISE, Michael. Plaintiphobia in State Courts? An Empirical Study of State Court Trials on Appeal, *Journal of Legal Studies*, Vol. 38, p. 121-155, 2008.

EISENBERG, Theodore. Appeal Rates and Outcomes in Tried and Nontried Cases: Further Exploration of Anti-Plaintiff Appellate Outcomes, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, p. 659-688, 2004.

EISENBERG, Theodore; FARBER, Henry S. Why Do Plaintiffs Lose Appeals? Biased Trial Courts, Litigious Losers, or Low Trial Win Rates? *American Law and Economic Review*, Vol. 15, p. 73-109, 2013.

ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution, *Cambridge Law Journal*, Vol. 71, p. 297-324, 2012.

ESPARZA LEIBAR, Inaki. *La instancia de apelacion civil: Estudio comparativo entre Espana y Alemania*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

FERRAND, Frédérique. *Cassation française et révision allemande: essai sur le controle exerce en matiere civile par la Cour de cassation française et par la Cour federale de justice de la Republique federale d'Allemagne*. Paris: PUF, 1993.

FERRAND, Frédérique. L'évolution récente de l'appel en droit français, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht International*, p. 43-82, 2009.

FERRARI, Francesca. The Recent Amendments to the Italian Appeal System, in Uzelac A.; van Rhee, R. (Ed.) *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse*, Cambridge: Intersentia, p. 259-272, 2014.

FISS, Owen. The Bureaucratization of the Judiciary, *Yale Law Journal*, Vol. 92, p. 1442-1468, 1983.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: UNAM, 1974.

FLECK, Zoltán. *A Comparative Analysis of Judicial Power, Organisational Issues in Judicial in Judicature and the Administration of Courts*, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht: Springer, 2014.

FROST, Amanda. Overvaluing Uniformity, *Virginia Law Review*, Vol. 94, n. 7, p. 1567-1639, 2008.

FRYDMAN, Benoît. L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice, in Mbongo, P. (Ed.) *La qualité de la décision de justice*, Paris: Ed. Conseil de l'Europe, p. 18-29, 2008.

GALLET, Jean-Louis. *La procédure civile devant la Cour d'appel*. 2<sup>a</sup> ed. Paris: Litec, 2010.

GRIMM, Dieter, Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, *Die Öffentlichkeit der Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas (L. Wingert / K. Gunther)*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, p. 489 y ss, 2001.

GUINCHARD, Serge. Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8<sup>a</sup> ed., Paris, p. 789-800, p. 843-848, 2015.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse, in Moral und Recht*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992.

HAWORTH, Charles. Screening and Summary Procedures in the United States Courts of Appeals, *WASH. U.L.Q.*, 257, 1973.

HERZOG, Peter; KARLEN, Delmar. Attacks on Judicial Decisions, in Cappelletti, Mauro (Ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 16, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Ordinarios*, 1ª. ed. Platense, La Plata, 1985.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Ordinarios*. La Plata: Platense, 1988.

HOMMERICH, Christoph; PRÜTTING, Hanns (Coord.). *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis - Evaluation ZPO-Reform (Rechtstatsachenforschung)*. München: Beck, 2006.

HOMMERICH, Christoph; PRÜTTING, Hanns; EBERS, Thomas. *Rechtstatsächliche Untersuchung Evaluation ZPO-Reform*, 2007.

IBAÑEZ FROCHAM, Manuel. *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1969.

JOLOWICZ, Antony; Van RHEE, Cornelius. *Recourse Against Judgement in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

JORDAN, Samuel P. Early Panel Announcement, Settlement and Adjudication, *B.Y.U. Law Review*, Vol. 55, 2007.

KODEK, Georg. Appellate Proceedings in Civil Cases. Traditional Remedies in Light of Contemporary Problems, in Uzelac, A.; Van Rhee, C. H. (Eds.) *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse*, Antwerp: Intersentia, p. 35-52, 2014.

KOURLIS, Rebecca Love; KAUFFMAN, Brittany K.T. Rule Reform, Case Management, and Culture Change: Making the Case for Real and Lasting Reform, *KAN. J.L. & PUB. POL'Y*, p. 494-517, 2015.

KORNHAUSER, Lewis A. Appeal and Supreme Courts, in *Encyclopedia of Law and Economics*, General Editors Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest, *Volume V. The Economics of Crime and Litigation* 7200, Cheltenham, Edward Elgar, p. 45-62, 2000.

LANGBEIN, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States, *Yale Law Journal*, Vol. 122, p. 522, 2012.

LANGBROEK, Philip. From the Managing Editor: Court Administration in Europe – Management in a Different Context. *International Journal for Court Administration*, 8 (3), p. 1–2, 2017.

LANGER, Maximo. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law, *Research Paper 05-16*, University of California, Los Angeles, 2005. Checkable at <http://ssrn.com/abstract=765744> (Visitado 5-6-2018).

LEVY, Marin K. The Mechanics of Federal Appeals: Uniformity and Case Management in the Circuit Courts, *Duke Law Journal*, Vol. 61, p. 315, p. 327, 2011.

LEVY, Marin K. Judicial Attention as a Scarce Resource: A Preliminary Defense of How Judges Allocate Time Across Cases in the Federal Courts of Appeals, *The George Washington Law Review*, Vol. 81, p. 401, 2013.

LINDBLOM, Henrik. The role of Supreme Courts in Scandinavia, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 39, p. 341, 2000.

LORENZETTI, Ricardo. *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

LOUTAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Tomo 1, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

LUPOI, Michele Angelo. *Appellate procedures in Italy*, Council of Europe, 2017. Inédito.

MCCLUSKEY, Martha T; PASQUALE, Frank; TAUB, Jennifer. Law and Economics: Contemporary Approaches, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 35, n. 1, p. 297-318, 2016.

MALEM SENA, Fernando. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008.

MARCUS, Richard. *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*, *National Report USA*. San Francisco: Inédito, 2017.

MARCUS, Richard. Reining in the American Lawyer: The New Role of American Judges, *Hastings International & Comparative Law Review*, Vol. 27, n. 3, p. 3, 2003.

MARTINEU, Robert J. The Value of Appellate Oral Argument: A Challenge to the Conventional Wisdom, *Iowa Law Review*, Vol. 72, p. 1, 1986.

MORELLO, Augusto Mario. El proceso judicial versus la economía, LexisNexis (hoy AbeledoPerrot on line) del 17-10-2005 (Visitado 5-5-2018).

MULLENDER, Richard. Theorizing the Third Way: Qualified Consequentialism, the Proportionality Principle, and the New Social Democracy, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, n. 4, p. 493-516, 2000.

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The Right to Appeal and Workable Systems of Justice, *Modern Law Review*, Vol. 65, p. 676, 2002.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo, *Ius et Praxis*, Vol. 14, p. 199-223, 2008.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CARRASCO DELGADO, Nicolás; CORONADO ATENAS, Martín. Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno, *Revista de Derecho*, Vol. 31, n. 2, p. 211-235, oct., 2018.

PERROT, Roger. Le principe du double degré de juridiction et son evolution en droit judiciaire privé français, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Cedam: Milán, Vol. III, p. 1986, 1979.

PETERSON, Todd. Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging, *University California Davis Law Review*, Vol. 29, n. 41, p. 59, 1995.

PFLUGHAUPT, Mathias. *Prozessökonomie*. Tübingen: Ed. Mohr Siebeck, 2011.

PICÓY JUNOT, Joan. La ejecución provisional de las sentencias de primera instancia estudio del conflicto entre los derechos al recurso y a la ejecución, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 39, n. 39, p. 63-78, 2013.

POLINSKY, Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 82, p. 397, 1993.

PORAT, Ariel. Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits, *The Michigan Law Review Association*, Vol. 108, n. 2, p. 189-227, 2009.

POSNER, Richard A. *Economics Analysis of Law*. New York: Wolters Kluwer Law, 2014.

POSNER, Richard A. The Role of the Judge in the Twenty-First Century, *Boston University Law Review*, Vol. 86, p. 1049-1068, 2006.

POUND, Roscoe. *Appellate Procedure in Civil Cases*. Boston: Brown & Company, 1941.

PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo. Limitaciones de la apelación, in *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid: Tecnos, 1964.

PRIORI POSADA, Giovanni. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción, *Advocatus N° 9*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, p. 405-422, 2003.

REHNQUIST, William. Seen in a Glass Darkly: The Future of the Federal Courts, *Wisconsin Law Review*,

n. 1, p. 1-12, 1993.

REINHARDT, Stephen. A Plea to Save the Federal Courts: Too Few Judges, Too Many Cases, *American Bar Association Journal*, Vol. 79, n. 1, p. 52-54, 1993.

RICHMAN, William M.; REYNOLDS, William L. Elitism, Expediency, and the New Certiorari: Requiem for the Learned Hand Tradition, *Cornell Law Review*, Vol. 81, p. 273, 1996.

RIMMELSPACHER, Bruno. in Krüger, W./Rauscher, T. (Coord.). *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, München: Beck, §§ 511, 522.

ROBERTSON, Cassandra B. The Right to an Appeal, *North Carolina Law Review*, Vol. 91, p. 1219, 2013.

SALTZMAN, Andrea. Appellate review in California: limits on the right to recourse, in Uzelac A.; Van Rhee, R. (Eds.) *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse*, Cambridge: Intersentia, p. 95-104, 2014.

SAUERESSIG, Christian. *Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz*. Kön: Heymman, 2008.

SHAPIRO, Martin. Appeal, *Law and Sociology Review*, Vol. 14, p. 629, 1979.

SHAVELL, Steven. On the Design of the Appeal Process: The Optimal Use of Discretionary Review versus Direct Appeal, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, p. 63, 2010.

SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 35, p. 1, 2006.

SHAVELL, Steven. The Appeals Process as a Means of Error Correction, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24, n. 2, p. 379-426, 1995.

SCHIAVONI, Johanna. Who's Afraid of Precedent? The Debate Over the Precedential Value of Unpublished Opinions, *UCLA Law Review*, Vol. 49, p. 1859, 2002.

SLOTNICK, Elliot. Federal trial and appellate judges: How do they differ? *Western Political Quarterly*, Vol. 36, n. 4, p. 570-578, 1983.

SOSA, Toribio. Doble instancia vs. doble conforme, *El Derecho*, 267, mayo, 2016.

STATISTISCHES BUNDESAMT (Estadísticas de la Agencia Federal) 10, 2002 y 2005. [https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00011392/0100001087001.pdf;jsessionid=AB65518E9820410205B24006F926131D](https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00011392/0100001087001.pdf;jsessionid=AB65518E9820410205B24006F926131D). (Visitado 20/8/2019).

STATISTISCHES BUNDESAMT (Estadísticas de la Agencia Federal) 10, 2010. [https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00011392/0100001087001.pdf;jsessionid=AB65518E9820410205B24006F926131D](https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00011392/0100001087001.pdf;jsessionid=AB65518E9820410205B24006F926131D). (Visitado 20/8/2019).

STATISTISCHES BUNDESAMT (Estadísticas de la Agencia Federal, 10, 2012. [https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00011392/0100001087001.pdf;jsessionid=AB65518E9820410205B24006F926131D](https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00011392/0100001087001.pdf;jsessionid=AB65518E9820410205B24006F926131D). (Visitado 20/08/19).

STÜRNER, Michael. *Die Anfechtung von Zivilurteilen*. München: C.H. Beck, 2002.

STÜRNER, Michael; Wendelstein, Christoph. *Case Management in Civil Proceedings in Germany, National Report*. Konstanz: Inédito, 2017.

STÜRNER, Michael. Sharing Responsibility: The German Federal Court of Justice and the Civil Appellate System, in Hurtado, Pablo (Ed.) *Overburdened Supreme Courts: Transplanting Solutions?* London: Springer, 2017.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975.

TIDMARSH, Jay. The Future of Oral Argument, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 48, p. 475-486, 2016.

TROCKER, Nicolás; VARANO, Vincenzo. *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

TRONSON, Brenda. Towards Proportionality - The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Picker, C; Seidman, G., *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, London: Springer, p. 183-202, 2016.

TURNER, Robert. The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures, in Andenas, M.; Andrews, N.; Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, London: The British Institute of International and Comparative Law, p. 73-88, 2004.

UNBERATH, Hannes. Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform-Theorie und Praxis, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, Vol. 120, n. 3, p. 323-346, 2007.

van RHEE, Cornelis Hendrik (Remco). Introduction, in *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerpen: Intersentia, p. 3-13, 2005.

VARGAS VIVANCOS, Juan Enrique; FUENTES MAUREIRA, Claudio. Régimen recursivo para la reforma a la justicia civil, in Leturia, Francisco (Ed.) *Justicia civil y comercial. Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, p. 343-355, 2011.

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

VOIGT, Stephan. Determinants of Judicial Efficiency: a survey, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 42, p. 183-208, 2016.

WAGNER, Gerhard. Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in Bork R.; Eger, T. (Coord.) *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 157-193, 2009.

WALLACE, J. Clifford. Improving the Appellate Process Worldwide Through Maximizing Judicial Resources, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 18, p. 187, 2005.

WILNER, Irving. Civil Appeals: Are They Useful in the Administration of Justice? *The Georgetown Law Journal*, Vol. 56, p. 417, 1968.

ZUCKERMAN, Adrian. Litigation Management Under the CPR: A Poorly-Used Management Infrastructure, in *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, London: Deirdre Dwyer ed., 2009.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

RAGONE, Alvaro Javier Pérez. Hacia una apelación óptima: acceso y gerenciamiento de la segunda instancia. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019, e1927. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201927>.

*Alvaro Javier Pérez Ragone*

PROFESOR DE DERECHO PROCESAL CIVIL EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE, ANTOFAGASTA, CHILE. PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD SAN PABLO-T, TUCUMÁN, ARGENTINA. ABOGADO (UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN/ARGENTINA), LL.M Y DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSITÄT ZU KÖLN (ALEMANIA). POSTDOCTORADO EN DERECHO COMO ALEXANDER-VON-HUMBOLDT FELLOW UNIVERSIDAD FREIBURG (ALEMANIA). MIEMBRO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL Y MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL.

*alvaro.perez01@ucn.cl*

**1** Universidade Federal do Pará,  
Instituto de Ciências Jurídicas,  
Belém, Pará, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0001-8921-343X>

**2** Universidade Federal do Pará,  
Instituto de Ciências Jurídicas,  
Belém, Pará, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0002-2464-1609>

**3** Centre National de la Recherche  
Scientifique, Institut Écologie et  
Environnement (InEE), Université  
des Antilles, Schoelcher, Martinique  
<https://orcid.org/0000-0002-3110-318X>



# ICMS Ecológico e desmatamento nos municípios prioritários do estado do Pará

ECOLOGICAL ICMS AND DEFORESTATION IN PARÁ'S PRIORITY MUNICIPALITIES

*Lise Tupiassu<sup>1</sup>, Luiz Paulo de Sousa Leão Fadel<sup>2</sup>  
e Jean-Raphaël Gros-Désormeaux<sup>3</sup>*

## Resumo

O ICMS Ecológico consiste no dimensionamento, segundo critérios ambientais, de parte dos repasses da parcela do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços que cabe aos municípios. A política se presta à compensação e incentivo de ações favoráveis ao meio ambiente e foi introduzida no Pará com o objetivo explícito de contribuir para a redução das altas taxas de desmatamento, a partir do fomento à atuação municipal nesse propósito. Este estudo pretende verificar se os efeitos redistributivos iniciais operados pela política ocorreram em consonância com a finalidade almejada. Realizou-se análise da destinação dos recursos recebidos em razão da política, dos gastos municipais com gestão ambiental e da ingerência territorial municipal para compreender o impacto da introdução do critério ecológico de repartição sobre os municípios com altas taxas de desmatamento incluídos na Lista de Municípios Prioritários do Ministério do Meio Ambiente. Os resultados indicam que os municípios prioritários paraenses foram beneficiados com a introdução do ICMS Ecológico no estado sem que a política tenha implicado maior engajamento municipal no combate ao desmatamento. Conclui-se que houve certa incoerência entre os efeitos redistributivos operados pelos ICMS Ecológico paraense e o objetivo de redução do desmatamento, bem como com a base teórica da política.

## Palavras-chave

ICMS Ecológico; municípios prioritários; gestão ambiental; desmatamento; Amazônia.

## Abstract

*The Ecological ICMS consists of the resizing, according to environmental criteria, of part of the monetary transfers of the ICMS (State Tax on Circulation of Goods and Services) belonging to municipalities. The policy's objective is to compensate and incentivize environmentally beneficial actions. It was introduced in Pará with the explicit purpose of contributing to the reduction of high rates of deforestation through the promotion of municipal action. This study intends to verify if the initial redistributive effects operated by the policy occurred in coherence with its intended purpose. It analyses the destination of resources received due to the policy, municipal expenditures with environmental management, and municipal territorial power to understand the impact of introducing the environmental criteria on municipalities with high rates of deforestation, which are included in the List of Priority Municipalities of the Ministry of Environment. The analysis indicates that the priority municipalities benefited from the introduction of the Ecological ICMS in the State, without increasing its participation in the fight against deforestation. It was concluded that there was some inconsistency between the redistributive effects operated by ICMS Ecological in Pará and the objective of reducing deforestation, as well as the policy's theoretical basis.*

## Keywords

*Ecological ICMS; priority municipalities; environmental management; deforestation; Amazon Forest.*

## INTRODUÇÃO

No presente momento histórico de reconhecimento e normatização dos direitos humanos, o meio ambiente equilibrado é consagrado como direito fundamental por diversos instrumentos internacionais e textos constitucionais. Na ordem constitucional brasileira, tal direito assume larga amplitude, por meio do enunciado do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que impõe aos poderes públicos a obrigação de adotar políticas que garantam a sua concretização (TUPIASSU, 2006, p. 57).

Nesse sentido, destaca-se, desde o final do século passado, a progressiva utilização de instrumentos tributários e financeiros para a implementação de políticas públicas de proteção ao meio ambiente e promoção de modelos de desenvolvimento sustentável (OCDE, 1989). O emprego desses mecanismos fundamenta-se em elementos de otimização econômica (PIGOU, 1929; BARDE, 1992), mas igualmente na constatação de que o poder de tributar somente é exercido legitimamente em um Estado de Direito na medida em que se destine a garantir a todos condições de gozo de direitos fundamentais (TORRES, 2005). Deve-se, portanto, conformar a atividade tributária – e financeira –, para que garanta a efetivação de direitos fundamentais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, dentro de um Estado constituído sob o modelo federativo, como o Brasil, a utilização de instrumentos econômicos e financeiros em políticas ambientais deve conformar-se com as competências compartilhadas constitucionalmente estabelecidas para todos os entes federativos, como também com os ditames do federalismo fiscal.

Nesse contexto, destaca-se o ICMS Verde ou Ecológico, o qual consiste no dimensionamento, segundo critérios ecológicos, do repasse aos municípios da parcela que lhes cabe da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), imposto de competência estadual incidente sobre a circulação jurídica de mercadorias e a prestação de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal.

O estado do Pará incorporou a política por meio da Lei Estadual n. 7.638, de 12 de julho de 2012, com a finalidade de promover a justiça fiscal entre os entes municipais, de modo a compensar aqueles que adotem condutas compatíveis com a defesa do meio ambiente, além de incentivar os municípios a contribuir com a redução do desmatamento no estado, por meio do fomento a atividades sustentáveis (PARÁ, 2009).

Em que se pese o pouco tempo decorrido desde sua introdução, pretende-se examinar a coerência entre os efeitos redistributivos iniciais da política no estado do Pará e seus fundamentos teóricos e finalidades declaradas.

O recorte metodológico operou-se com o estudo restrito aos municípios paraenses integrantes da Lista de Municípios Prioritários do Ministério do Meio Ambiente (MMA), cujos territórios estão submetidos a intensas medidas de monitoramento e controle ambiental por parte do governo federal, com específicas condições administrativas e econômicas. Trata-se de grupo diretamente relacionado à finalidade de controlar e reduzir o desmatamento no Estado, por meio do engajamento efetivo dos entes municipais.

Em função das altas taxas de desmatamento registradas nesses municípios, deveriam eles receber menor volume de repasses financeiros sob a nova sistemática de repartição de receitas, considerada a dupla função (compensatória e incentivadora) do ICMS Ecológico e o objetivo assumido na experiência paraense de combate ao desmatamento por meio do fomento à participação dos entes municipais.

Na hipótese, porém, de terem sido tais municípios beneficiados com a introdução da política, este estudo buscou apurar seu engajamento no combate ao desmatamento a partir da análise da aplicação em gestão ambiental dos recursos orçamentários geridos por esses mesmos municípios. Por fim, realizou-se a investigação das possibilidades de atuação municipal no combate ao desmatamento em espaços territoriais sob gestão territorial e fiscalização ambiental do estado-membro e da União, a partir do estudo dos casos dos municípios de Altamira e São Félix do Xingu.

O desenvolvimento do trabalho se inicia com uma breve caracterização do ICMS Ecológico, a partir de seus fundamentos teóricos e base constitucional. No segundo momento, será abordado o processo de adoção da política pelo estado do Pará, com análise dos instrumentos normativos que lhe deram forma. Na terceira seção, tratar-se-á da Lista de Municípios Prioritários e será esmiuçada a relação da hipótese inicial com a base teórica da política, bem como o tratamento financeiro por eles recebido desde a introdução da política, com base em recente pesquisa sobre a temática. Em seguida, passar-se-á à apresentação dos procedimentos metodológicos e dos resultados obtidos com a pesquisa de dados, analisando-se, nas seções que seguem, a destinação dos repasses financeiros e a atuação municipal no combate ao desmatamento e, por fim, as possibilidades e os óbices à atuação dos municípios de Altamira e São Félix do Xingu no combate ao desmatamento em espaços sob gestão territorial e fiscalização ambiental do estado-membro e da União.

## I. CARACTERIZAÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO

No estado federativo brasileiro, a distribuição de competências delineada pela Constituição de 1988 dá ênfase ao federalismo cooperativo, ao atribuir extenso rol de competências legislativas concorrentes (art. 24) e competências materiais comuns aos entes federativos (art. 23) (BRASIL, 1988).

No que se refere à competência comum em matéria ambiental, se reconhece um verdadeiro dever fundamental de cooperação entre os entes federativos para a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SARLET, MACHADO e FENSTERSEIFER, 2015, p. 71-72).

Há uma interdependência entre as esferas governamentais, cujo reconhecimento é essencial para a eficácia das ações de defesa do meio ambiente. No Estado brasileiro, estruturado em uma federação de três níveis, a atuação estatal nessa área demanda uma intensa cooperação intergovernamental, na qual se reconhece o reposicionamento do município como um

ator fundamental, tanto na defesa do ambiente na dimensão do interesse local quanto em estratégias regionais e nacionais. Em vista disso, a União e os estados-membros necessitam ganhar sua adesão voluntária para que possam contribuir para a implementação de iniciativas da esfera federal e estadual (NEVES, 2014).

Por outro lado, a atribuição de competências ambientais aos municípios demanda a construção de capacidades que possibilitem o desempenho das tarefas que lhes foram conferidas pelo texto constitucional, já que o exercício da autonomia local está condicionado à existência dos recursos e estruturas – sobretudo, de fontes de financiamento – indispensáveis para o exercício de seu mandato ambiental.

Nessa esteira, a dimensão cooperativa prepondera, igualmente, no aspecto fiscal e financeiro, sobretudo pela importância conferida às transferências governamentais, instrumentos de efetivação da autonomia financeira dos entes e de promoção do equilíbrio federativo (CONTI, 2001, p. 24).

O ICMS Ecológico ou Verde é um mecanismo que se insere no desenho cooperativo do federalismo fiscal brasileiro, uma vez que se utiliza de transferências intergovernamentais como instrumento de política ambiental, redimensionando repasses financeiros segundo critérios ecológicos.

Conforme disposição do art. 158, inciso IV, da Constituição Federal, 25% da arrecadação de ICMS pelos estados-membros deve ser repassada aos municípios da seguinte maneira: no mínimo três quartos, segundo o critério do valor adicionado fiscal; e até um quarto, conforme as disposições da legislação estadual (BRASIL, 1988).

O valor adicionado fiscal é indicador de natureza contábil, consistente, em síntese, na diferença entre os valores das operações de compra e venda sujeitas à incidência de ICMS no município. Desse modo, a distribuição de receitas segundo tal critério privilegia, em regra, os municípios que mais contribuem para a arrecadação de ICMS, os quais, comumente, são os que apresentam maior população e maior grau de desenvolvimento econômico e, por conseguinte, também são grandes geradores de externalidades negativas. Por sua vez, os municípios que têm restrições ambientais ao seu desenvolvimento econômico – decorrentes, por exemplo, da delimitação de espaços protegidos – recebem menor volume de transferências financeiras, apesar de produzirem externalidades positivas (SCAFF e TUPIASSU, 2004, p. 734).

Embora de difícil definição (BAUMOL e OATES, 1988, p. 14 e ss.), o termo “externalidade” denota efeitos, negativos ou positivos, produzidos por agentes econômicos, cujos custos não são objeto de avaliação ou compensação pelo mercado (MARSHALL, 1920; PIGOU, 1929; TUPIASSU, 2010). No que toca à situação apresentada, os municípios que têm parcela de seu território afetada à preservação ambiental geram externalidades positivas – como a garantia de diversidade genética de espécies animais e vegetais, estabilização do clima e manutenção dos modos de vida de populações tradicionais –, sem que auferam benefícios financeiros com sua conduta.

Em vista disso, surge a necessidade de corrigir tais falhas do mercado a partir da intervenção estatal (PIGOU, 1929; LÉVÊQUE, 1999), o que pode se dar mediante a aplicação do princípio do poluidor pagador, por meio do qual se busca imputar ao poluidor os custos sociais decorrentes da degradação ambiental associada à sua conduta, realizando a internalização de custos externos (externalidades negativas) que, caso contrário, seriam arcados pela coletividade (MILARÉ, 2015). Desse modo, os custos de medidas de prevenção e de controle da poluição por parte das autoridades estatais recaem sobre o poluidor e refletem nos custos dos bens e serviços por ele produzidos ou consumidos (OCDE, 1972). Por outro lado, pode-se, em vez de tentar coibir a produção de externalidades negativas, recompensar e incentivar condutas ambientalmente virtuosas, mediante aporte de recursos a agentes responsáveis pela produção e pela oferta de serviços ou bens ambientais (WUNDER, 2005).

Nesse contexto, com base na previsão constitucional de distribuição de um quarto da cota-parte de ICMS que pertence aos municípios segundo critérios previstos na legislação estadual, surgiu o ICMS Verde ou Ecológico, a partir da iniciativa de diversos estados-membros, que passaram a adotar critérios ecológicos de repartição de receita.

A política foi concebida com uma finalidade marcadamente compensatória – como se verificou no estado do Paraná, o primeiro a adotá-la –, uma vez que seu surgimento decorreu das demandas de municípios que abrigavam áreas especialmente protegidas, como modo de compensá-los pelas restrições econômicas decorrentes da afetação de parcela de seu território à preservação ambiental (LOUREIRO, 2002). Contudo, passou-se com o tempo a reconhecer importante viés incentivador de condutas dos entes municipais, com a adoção de critérios afetos às searas ambiental e social (OLIVEIRA, 2014, p. 80).

Desse modo, nota-se que o ICMS Verde tem duas dimensões: uma compensatória, como forma de corrigir o desequilíbrio de oportunidades de desenvolvimento econômico entre os municípios, decorrente de restrições de natureza ambiental; e outra, incentivadora, sob a qual se busca induzir os entes municipais a se adequar aos critérios de repartição de receitas definidos pela política (TUPIASSU, GROS-DÉSORMEAUX e FADEL, 2018, p. 73).

Trata-se de forte instrumento econômico para a concretização da finalidade constitucional de preservação ambiental, promovendo justiça fiscal e influenciando as condutas dos entes municipais, que naturalmente buscam obter aumentos de receita ao se adequar aos critérios legais. É forma de intervenção positiva do Estado, como fator de regulação não coercitiva, assemelhando-se a um incentivo fiscal intergovernamental (TUPIASSU, 2006, p. 195).

Ainda, é método que pode ser adotado pelos estados-membros para induzir os entes municipais a se engajar no exercício da competência comum de defesa e promoção do meio ambiente equilibrado. Como visto, há uma nítida interdependência entre as esferas políticas para o desempenho do seu mandato ambiental, e, com a ampliação das competências ambientais dos entes municipais a partir da Constituição de 1988, sua contribuição à concretização do dever estatal fundamental de proteção do meio ambiente deve ser incentivada.

Por fim, há a possibilidade de se utilizar o ICMS Verde como um incentivo à construção das capacidades essenciais à concretização da agenda ambiental municipal. Ao buscar se adequar aos critérios ambientais de repartição de receitas, é natural que os municípios envolvidos passem a despendar maiores esforços na defesa dos bens ambientais. Desse modo, um dos resultados esperados é um aumento na destinação de recursos à área ambiental. Nessa perspectiva, a política vem sendo adotada de forma crescente pelos mais diversos estados do Brasil, buscando atingir diferentes objetivos no plano socioambiental.

## 2. O ICMS VERDE NO ESTADO DO PARÁ

Desde sua promulgação em 1989, a Constituição do Estado do Pará já previa, em seu art. 225, tratamento especial aos municípios que tenham parte de seus territórios afetada por unidades de conservação em relação aos créditos das parcelas de receita oriunda da arrecadação do ICMS (PARÁ, 1989). No entanto, somente após a inclusão do ICMS Verde como ação prioritária no Plano de Prevenção, Controle e Alternativas ao Desmatamento do Estado do Pará (PPCAD-PA), em 2009, é que se buscou regulamentar o dispositivo constitucional, o que resultou na aprovação da Lei Estadual n. 7.638/2012, que incluiu critério ecológico de repartição de receitas do ICMS entre os municípios ao alterar as disposições da Lei Estadual n. 5.645, de 11 de janeiro de 1991 (TUPIASSU e HABER, 2014, p. 299).

Segundo dispôs a Lei n. 7.638/2012, a introdução do critério ecológico ocorreu de forma gradual, com a diminuição anual e sucessiva do critério igualitário de distribuição – segundo o qual cada município receberia idêntico valor de repasse (PARÁ, 2012). Anteriormente, o critério igualitário equivalia a 15% do total repassado aos municípios; a partir de 2014, o critério igualitário passou a ser reduzido anualmente até 2017, com equivalente aumento do critério ecológico, de modo que a divisão se estabilizou em 7% para o critério igualitário e 8% para o critério ecológico (PARÁ, 2013).<sup>1</sup>

A Lei n. 7.638/2012 previu, em seu art. 2º, que seriam beneficiados pelo critério ecológico os municípios cujo território abrigasse unidades de conservação e outras áreas protegidas, desde que participassem da implementação e gestão dessas áreas. Ademais, a lei estadual

...

1 Conforme dispõem os incisos do art. 3º do Decreto n. 775/2013, o cálculo e o repasse da parcela da arrecadação do ICMS distribuída sob o ICMS Verde seguiu os seguintes percentuais e cronograma: 2% referentes ao ano-base 2012, calculados em 2013 e repassados em 2014; 4% referentes ao ano-base 2013, calculados em 2014 e repassados em 2015; 6% referentes ao ano-base 2014, calculados em 2015 e repassados em 2016; 8% referentes ao ano-base 2015, calculados em 2016 e repassados em 2017 (PARÁ, 2013). Assim, as etapas da divisão de receitas segundo o critério ecológico se verificam em momentos distintos: os dados referentes aos indicadores ambientais que compõem o critério ecológico são aferidos em determinado ano; no ano seguinte, é efetuado o cálculo dos índices de repasse de cada município; por fim, no ano subsequente os valores são repassados aos entes municipais.

estabeleceu, em seu art. 3º, que a fruição do tratamento especial dependeria da manutenção de Sistema Municipal do Meio Ambiente, de natureza participativa e que preenchesse certos requisitos mínimos (PARÁ, 2012).<sup>2</sup>

No entanto, o Decreto n. 775, de 26 de junho de 2013, que regulamentou a referida lei estadual, incluiu outros dois fatores: o índice de cobertura vegetal e redução das taxas de desmatamento, e o percentual de inscrição da área do município inscrito no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Em vista disso, a composição do critério ecológico assumiu a seguinte configuração: (1) 25%, conforme a porcentagem do território municipal ocupado por áreas protegidas e de uso especial; (2) 25%, ante a existência de um estoque mínimo de cobertura vegetal e a redução do desmatamento nos municípios; (3) 50%, considerando a porcentagem da área cadastrável do município inserida no CAR (PARÁ, 2013).

A partir de 2017, o critério ecológico foi novamente alterado por meio da Portaria Semas/PA de n. 1.272, de 21 de julho de 2016, seguida do Decreto Estadual n. 1.696, de 7 de fevereiro de 2017. A finalidade declarada dessa alteração foi inserir uma dimensão qualitativa e inclusiva na agenda do ICMS Verde (PARÁ, 2016). A gestão ambiental municipal passou a compor o critério ecológico, como um novo indicador. Em vista disso, o valor de repasse passou a ser calculado levando-se em conta quatro fatores, de pesos distintos e atualizados anualmente (PARÁ, 2017).<sup>3</sup>

Em vista da configuração assumida pelo ICMS Verde no estado do Pará, bem como dos objetivos declarados por ocasião de sua instituição, percebe-se que sua finalidade principal é reduzir e controlar o desmatamento nos municípios paraenses. Nessa perspectiva, o Pará não seguiu a tendência dos demais estados brasileiros de incluir critérios com aspectos socioambientais, optando por privilegiar especialmente os municípios que detêm áreas ambientalmente

...

- 2 O Sistema Municipal deve ser composto, no mínimo, por: a) Conselho Municipal do Meio Ambiente, de caráter deliberativo e composição socialmente paritária; b) Fundo Municipal do Meio Ambiente; c) órgão executor da Política Municipal do Meio Ambiente, dotado de recursos humanos, materiais e financeiros adequados e suficientes para exercer suas funções, em especial, a implantação do processo de planejamento e o Plano Municipal do Meio Ambiente; d) demais instrumentos de política pública e participativa necessários à plena execução da Política Municipal do Meio Ambiente (PARÁ, 2012).
- 3 Conforme a Portaria Semas/PA n. 1.310/17, os fatores e pesos são os seguintes, em relação ao ano de 2018: Fator 1, denominado de Regularização Ambiental, composto pelos indicadores CAR, Área de Preservação Permanente (APP), Reserva Legal (RL) e a Área Degradada (AD), de peso de 44,565%; Fator 2, denominado de Gestão Territorial, composto pelos indicadores Áreas Protegidas de Uso Restrito, Áreas Protegidas de Uso Sustentável, Desflorestamento e Desflorestamento em Áreas Protegidas, com peso de 29,871%; Fator 3, denominado de Estoque Florestal, formado por um único indicador (Remanescente Florestal), apresentando um peso de 14,223%; Fator 4, denominado de Fortalecimento da Gestão Ambiental Municipal, também composto por um único indicador (Capacidade de Exercício da Gestão Ambiental), com peso de 11,341% (PARÁ, 2017).

protegidas. Ademais, há a intenção de incentivar a implementação de uma gestão ambiental local avançada, com uma estrutura completa e qualitativamente satisfatória, uma vez que se exige a estruturação de um Sistema Municipal de Meio Ambiente (TUPIASSU e OLIVEIRA, 2016, p. 286-287).

Portanto, por meio do dimensionamento de transferências entre os entes federativos – mecanismo inerente ao federalismo cooperativo –, a política busca engajar os municípios no combate ao desmatamento por meio de incentivos financeiros estabelecidos pelo ente estadual, reconhecendo a importância de sua participação para a efetividade das políticas ambientais. Ademais, pretende viabilizar a autonomia local no que se refere ao exercício da agenda ambiental municipal, ao incentivar a construção de capacidade e o emprego de recursos – sobretudo financeiros – nessa área.

### 3. MUNICÍPIOS PRIORITÁRIOS E ICMS VERDE

A instituição da Lista de Municípios Prioritários decorreu do Plano de Ação de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAM), iniciativa lançada em 2004 com o objetivo de reduzir, de maneira contínua e consistente, o desmatamento amazônico, bem como criar condições para se estabelecer um modelo de desenvolvimento sustentável na região (BRASIL, 2017a).

A partir de 2008, com a segunda fase do plano, houve uma redução drástica do desmatamento amazônico, notadamente em decorrência de ações de monitoramento e controle (WHATELY e CAMPANILI, 2013, p. 18). Entre as medidas adotadas naquele momento, destaca-se o Decreto n. 6.321, de 21 de dezembro de 2007, que institui lista de municípios, selecionados em razão das altas taxas de desmatamento registradas, cujos territórios são submetidos a medidas de integração e aperfeiçoamento das ações de monitoramento e controle de órgãos federais, de ordenamento fundiário e territorial e de incentivo a atividades econômicas ambientalmente sustentáveis (BRASIL, 2017b), bem como a restrições administrativas e econômicas significativas.<sup>4</sup>

As medidas restritivas recaem diretamente sobre os responsáveis pelos imóveis rurais e não sobre as administrações municipais. Segundo a estratégia adotada, os municípios assumem

...

4 Entre as quais se destacam: proibição de emissão de novas autorizações de desmatamento em dimensão superior a 5 hectares; possibilidade de recadastramento de imóveis rurais pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra); embargo de áreas desmatadas ilegalmente; intensificação da fiscalização; publicação pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) da lista de imóveis com cobertura vegetal monitorada/embargados; proibição de concessão de crédito por agências oficiais para atividades agropecuárias ou florestais em imóvel rural que descumpra embargo (NEVES, 2015, p. 7).

apenas a função de unidades espaciais, de modo a identificar as áreas que devem ser submetidas à ação federal, sem que se tenha buscado integrá-los à estratégia de atuação enquanto agentes políticos. No entanto, por meio da promoção de coalizões locais, alguns municípios – como Paragominas/PA – construíram sua capacidade de contribuição ao combate ao desmatamento, apesar de serem tratados como meros espaços onde a política seria executada (NEVES e WHATELY, 2016).

Os critérios para inclusão na lista, a qual é atualizada anualmente mediante portaria do MMA, são os seguintes: a) área total de floresta desmatada no território do município; b) área total de floresta desmatada nos últimos três anos; c) aumento da taxa de desmatamento em pelo menos três, dos últimos cinco anos (BRASIL, 2017b). Ademais, também são editados anualmente critérios para a saída da lista, os quais passam à categoria de municípios com processo de desmatamento sob controle e monitorado. Atualmente, 15 municípios do estado do Pará integram a lista.<sup>5</sup>

Quanto ao tratamento que deve ser conferido aos municípios prioritários pelo ICMS Verde paraense, é necessário observar como tais entes se relacionam com os pressupostos inerentes à política, sobretudo em relação à sua dupla dimensão (compensatória e incentivadora).

Nesse sentido, como o processo de desflorestamento é mais acentuado em seus territórios, tornam-se grandes produtores de externalidades negativas – como a perda de biodiversidade, emissão de gases que intensificam o efeito estufa e o desalojamento de populações tradicionais –, o que deveria restringir a possibilidade de serem beneficiados com a função compensatória da política. Em vista disso, maior parcela de repasses deveria ser alocada aos entes municipais provedores de serviços ecossistêmicos e não a municípios com altas taxas de desmatamento, como os que integram a Lista de Municípios Prioritários (FERREIRA, 2016).

Por sua vez, quanto à dimensão incentivadora, os municípios prioritários somente poderiam aumentar suas receitas ao se adequar aos critérios ecológicos definidos, que deveriam ser suficientemente rígidos para garantir que fossem induzidos a se engajar no combate ao desmatamento e a utilizar os recursos financeiros recebidos em razão da política na concretização da agenda ambiental municipal. Caso contrário, com critérios brandos e incapazes de mensurar o seu esforço ambiental, não haveria incentivo ao esperado incremento da atuação

...

<sup>5</sup> Quais sejam: São Félix do Xingu, Santa Maria das Barreiras, Rondon do Pará, Novo Repartimento, Novo Progresso, Cumaru do Norte e Altamira (incluídos pela Portaria MMA n. 28, de 24 de janeiro de 2008); Pacajá, Marabá e Itupiranga (Portaria MMA n. 102, de 24 de março de 2009); Moju (Portaria MMA n. 175, de 24 de maio de 2011); Senador José Porfírio e Anapu (Portaria MMA n. 323, de 28 de setembro de 2012); Itaituba e Portel (Portaria MMA n. 361, de 8 de setembro de 2017). Cumpre observar que, como a inclusão dos municípios de Itaituba e Portel é recente, optou-se por não os incluir na análise.

dos entes municipais na defesa do meio ambiente. De início, portanto, os municípios prioritários deveriam ter sua participação na cota-parte da arrecadação do ICMS reduzida, em relação ao montante que receberiam sob a forma de repartição anterior, até que atingissem os indicadores ambientais exigidos, a partir de seu esforço ambiental (TUPIASSU, GROS-DÉSORMEAUX e FADEL, 2018, p. 77).

No entanto, não foi o que ocorreu, conforme concluiu análise detida do impacto financeiro da introdução da política em relação aos municípios prioritários. Ao comparar os valores recebidos pelos municípios prioritários desde 2014, quando se iniciou a implementação do critério ecológico, com o montante que seria transferido a esse grupo de municípios caso se mantivesse a forma anterior de repartição de receitas, verificou-se que, em geral, os municípios prioritários saíram beneficiados com o ICMS Verde (TUPIASSU, GROS-DÉSORMEAUX e FADEL, 2018). Nesse sentido, encontram-se os resultados constantes da Tabela 1 e Gráfico 1, referentes ao período de 2014 a 2016.

TABELA 1 – VALOR TOTAL (R\$) REPASSADO DESDE A INTRODUÇÃO DO CRITÉRIO ECOLÓGICO (2014-2016) E O MONTANTE QUE SERIA REPASSADO CASO NÃO HOUVESSE A INTRODUÇÃO DO CRITÉRIO ECOLÓGICO

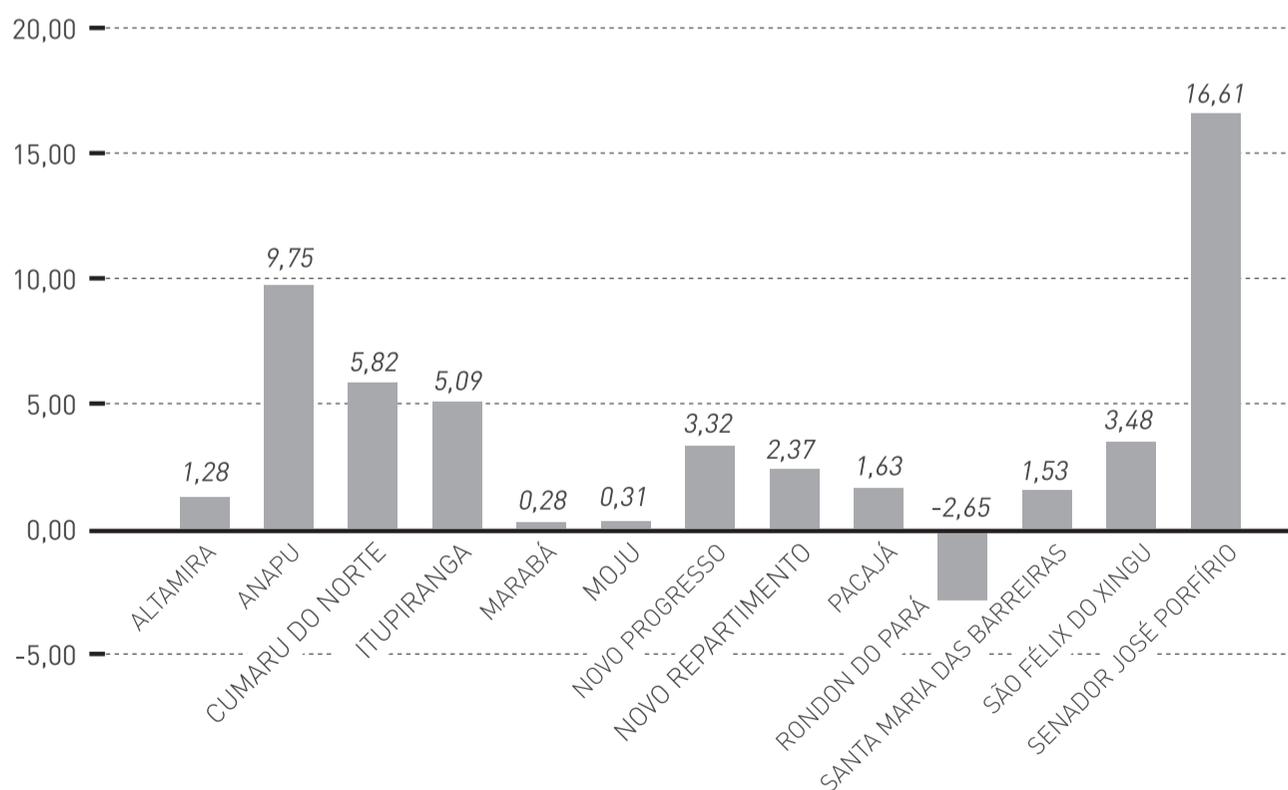
MUNICÍPIOS	TOTAL 2014	TOTAL 2015	TOTAL 2016	TOTAL 2014-2016	TOTAL 2014-2016 SEM O CRITÉRIO ECOLÓGICO
ALTAMIRA	30.089.436,51	37.194.083,26	43.691.389,46	110.974.909,23	109.575.831,94
ANAPU	4.712.803,31	6.036.736,03	6.845.655,49	17.595.194,83	16.031.852,23
CUMARU DO NORTE	6.344.158,30	7.205.136,55	7.852.369,53	21.401.664,38	20.225.019,66
ITUPIRANGA	5.256.588,30	6.815.669,71	8.053.712,34	20.125.970,35	19.151.330,46
MARABÁ	85.918.029,54	95.614.109,32	110.738.544,73	292.270.683,59	291.444.192,01
MOJU	9.063.083,28	12.657.672,31	13.892.653,79	35.613.409,38	35.502.379,62
NOVO PROGRESSO	9.063.083,28	10.320.871,27	11.476.540,09	30.860.494,64	29.868.127,33
NOVO REPARTIMENTO	8.700.559,95	11.099.804,96	13.288.625,36	33.088.990,27	32.321.531,32

(continua)

MUNICÍPIOS	TOTAL 2014	TOTAL 2015	TOTAL 2016	TOTAL 2014-2016	TOTAL 2014-2016 SEM O CRITÉRIO ECOLÓGICO
PACAJÁ	5.981.634,97	7.399.869,97	8.859.083,58	22.240.588,52	21.883.540,12
RONDON DO PARÁ	6.887.943,30	7.205.136,55	7.651.026,73	21.744.106,58	22.334.971,89
SANTA MARIA DAS BARREIRAS	5.256.588,30	6.036.736,03	6.644.312,69	17.937.637,02	17.667.178,63
SÃO FÉLIX DO XINGU	19.032.474,90	22.589.076,75	24.966.508,27	66.588.059,92	64.345.717,23
SENADOR JOSÉ PORFÍRIO	3.806.494,98	4.478.868,67	4.630.884,59	12.916.248,24	11.076.558,40

Fonte: Tupiassu, Gros-Désormeaux e Fadel (2018).

**GRÁFICO 1 – VARIAÇÃO EM PERCENTUAL ENTRE VALOR REPASSADO DESDE A INTRODUÇÃO DO CRITÉRIO ECOLÓGICO (2014-2016) E O MONTANTE QUE SERIA REPASSADO CASO NÃO HOUVESSE A INTRODUÇÃO DO CRITÉRIO ECOLÓGICO, CONSIDERANDO O VALOR TOTAL DA COTA-PARTE DE CADA MUNICÍPIO**



Fonte: Tupiassu, Gros-Désormeaux e Fadel (2018).

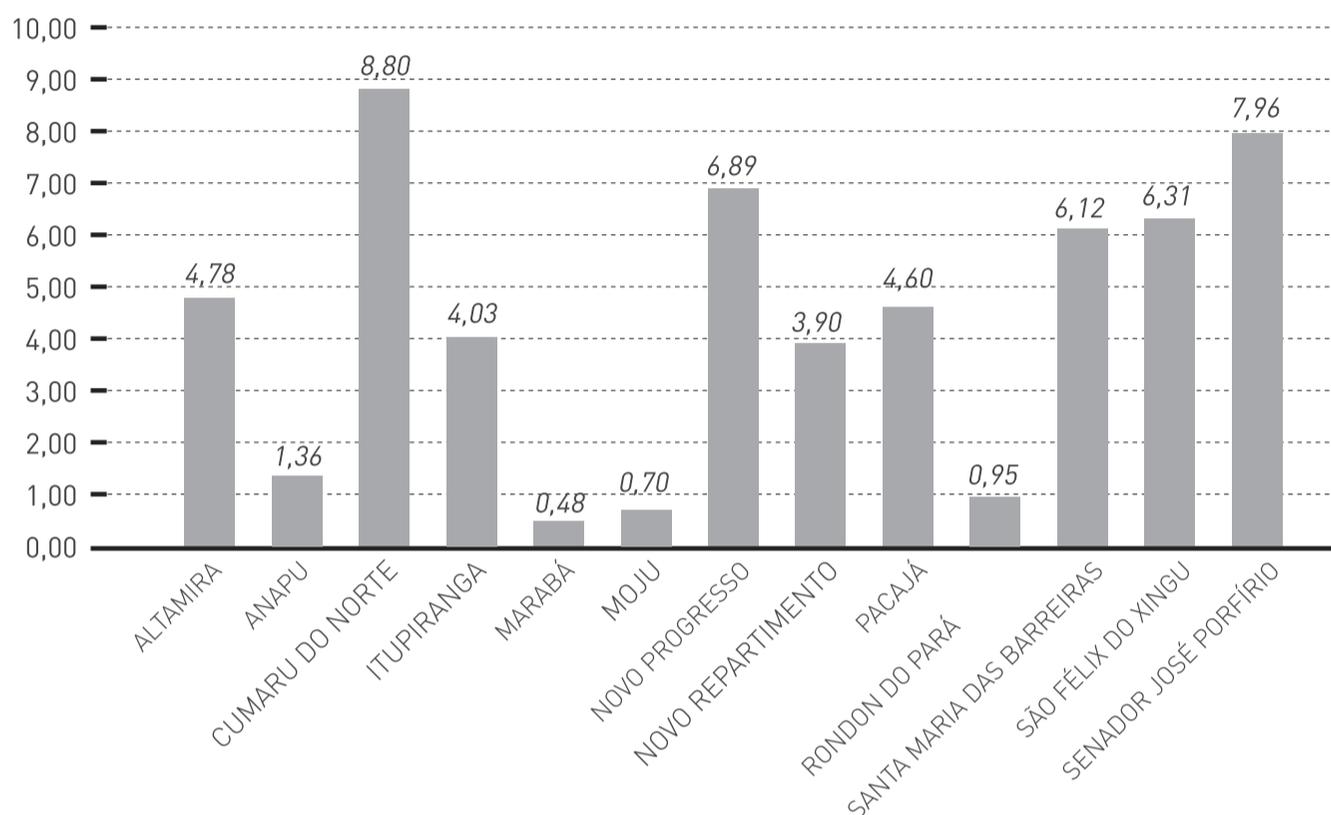
Inclusive, com a alteração na composição do critério ecológico realizada pela Portaria Semas/PA n. 1.272/2016 e Decreto n. 1.696/2017, houve um incremento ainda maior de transferências financeiras aos municípios prioritários no ano de 2017 (TUPIASSU, GROS-DÉSORMEAUX e FADEL, 2018), conforme apontam a Tabela 2 e o Gráfico 2.

TABELA 2 – VALORES DE REPASSE (R\$) PARA OS MUNICÍPIOS PRIORITÁRIOS NO ANO DE 2017, SOB OS CRITÉRIOS IGUALITÁRIO E ECOLÓGICO, E OS VALORES QUE LHESSERIAM REPASSADOS SEM A INTRODUÇÃO DO CRITÉRIO ECOLÓGICO

MUNICÍPIOS	2017 – CRITÉRIOS ECOLÓGICO (8%)		2017 – TOTAL	2017 – TOTAL (SEM O CRITÉRIO ECOLÓGICO)
	E IGUALITÁRIO (7%)	IGUALITÁRIO (15%)		
ALTAMIRA	4.234.358,52	2.136.576,63	43.893.830,35	41.796.048,46
ANAPU	2.222.739,14	2.136.576,63	6.358.452,06	6.272.289,55
CUMARU DO NORTE	2.894.250,97	2.136.576,63	8.614.676,99	7.857.002,65
ITUPIRANGA	2.483.751,54	2.136.576,63	8.614.676,99	8.267.502,08
MARABÁ	2.727.512,51	2.136.576,63	123.887.259,50	123.296.323,62
MOJU	2.222.738,23	2.136.576,63	12.306.681,40	12.220.519,80
NOVO PROGRESSO	2.998.196,09	2.136.576,63	12.511.792,77	11.650.173,31
NOVO REPARTIMENTO	2.656.970,72	2.136.576,63	13.332.238,19	12.811.844,10
PACAJÁ	2.617.613,53	2.136.576,63	10.460.679,20	9.979.642,30
RONDON DO PARÁ	2.222.736,42	2.136.576,63	9.024.899,70	8.938.739,91
SANTA MARIA DAS BARREIRAS	2.600.700,48	2.136.576,63	7.589.120,20	7.124.996,35
SÃO FÉLIX DO XINGU	3.846.243,32	2.136.576,63	27.074.699,10	25.365.032,41
SENADOR JOSÉ PORFÍRIO	2.479.595,32	2.136.576,63	4.307.338,49	3.964.319,80

Fonte: Tupiassu, Gros-Désormeaux e Fadel (2018).

GRÁFICO 2 – VARIACÃO EM PERCENTUAL ENTRE VALOR ESTIMADO DE REPASSE PARA 2017 E O MONTANTE QUE SERIA REPASSADO CASO NÃO HOUVESSE A INTRODUÇÃO DO CRITÉRIO ECOLÓGICO, CONSIDERANDO O VALOR TOTAL DA COTA-PARTE DE CADA MUNICÍPIO



Fonte: Tupiassu, Gros-Désormeaux e Fadel (2018).

Desse modo, o impacto financeiro do ICMS Verde paraense nos municípios prioritários contradiz a dupla dimensão da política e sua finalidade precípua de redução do desmatamento no estado, uma vez que tal grupo passou a receber maiores valores de repasse desde a sua introdução. Tal quadro pode ser explicado pela incapacidade dos indicadores que compõem o critério ecológico em mensurar o uso inadequado da floresta amazônica nos espaços territoriais especialmente protegidos e em assentamentos de reforma agrária, áreas sujeitas à ingerência do estado-membro e da União (FERREIRA, 2016).

É interessante verificar, porém, a possibilidade de valorização da finalidade do ICMS Ecológico paraense mesmo com o aumento de repasses financeiros a municípios desmatadores. Isso poderia se justificar na medida em que os municípios prioritários seriam aqueles onde mais se necessita incentivar o engajamento municipal no combate ao desmatamento, de modo que a transferência desses recursos seria grande arma utilizada para o fortalecimento da gestão ambiental municipal.

A fim de verificar tal hipótese, realizou-se análise da destinação orçamentária dos recursos geridos pelos municípios prioritários e de sua participação em ações de combate ao desmatamento.

#### 4. DESTINAÇÃO DOS REPASSES FINANCEIROS E ENGAJAMENTO MUNICIPAL NO COMBATE AO DESMATAMENTO

A Lei Estadual n. 7.638/2012 prevê, em seu art. 4º, que a destinação dos recursos oriundos do ICMS Verde a que cada município tiver direito será definida por legislação municipal, com ênfase na operacionalização do Fundo Municipal do Meio Ambiente e em sua gestão pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente (PARÁ, 2012). Houve o intuito de que os valores repassados sob o critério ecológico fossem destinados ao financiamento das políticas ambientais municipais, de modo a possibilitar o exercício da autonomia local neste âmbito.

No entanto, tal dispositivo não deve ser interpretado como um comando vinculante – em razão da restrição indevida da autonomia municipal que daí resultaria, bem como da vedação constitucional à vinculação da receita de impostos –, mas, sim, como uma norma programática, visto que propõe um objetivo a ser alcançado pela política, de forma não impositiva (TUPIASSU e HABER, 2014).

Conforme dados extraídos de relatórios do Programa Municípios Verdes (PMV),<sup>6</sup> nenhum dos municípios prioritários, à exceção de Moju, regulamentou a destinação dos repasses oriundos do ICMS Verde (PMV, 2016a, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d e 2017e). Contudo, o órgão ambiental desse município informou que, apesar disso, tais recursos não são transferidos ao Fundo Municipal do Meio Ambiente, o que contraria sua própria legislação municipal (PMV, 2017a).

Ressalte-se que a situação não se limita ao grupo de municípios analisados, visto que, dos 44 entes municipais monitorados até o momento pelo PMV, somente 4 têm alguma forma de regulamentação da destinação dos repasses recebidos sob o critério ecológico de repartição – além de Moju, apenas os municípios de Brasil Novo, Paragominas e Bom Jesus do Tocantins (PMV, 2016a, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d e 2017e). Logo, observa-se que, de modo geral, a aspiração do legislador estadual não se concretizou, visto que na maioria dos municípios paraenses – entre os quais, os municípios prioritários – não há correlação entre os recursos recebidos em razão do ICMS Verde e a operacionalização do Fundo Municipal.

Ante a impossibilidade de impor a vinculação das receitas transferidas sob o critério ecológico, a inércia legislativa dos municípios pode ser explicada pela preferência em alocar os recursos recebidos em áreas que representem necessidades consideradas imediatas pela administração municipal, como a cobertura de despesas correntes. Ademais, outra hipótese a ser

...

6 “O Programa Municípios Verdes (PMV) é um programa do Governo do Pará desenvolvido em parceria com municípios, sociedade civil, iniciativa privada, Ibama e Ministério Público Federal, com o objetivo de combater o desmatamento e fortalecer a produção rural sustentável por meio de ações estratégicas de ordenamento ambiental e fundiário e gestão ambiental, com foco em pactos locais, monitoramento do desmatamento, implantação do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e estruturação da gestão municipal” (WHATELY e CAMPANILI, 2013, s/n).

levantada é a de que os agentes políticos municipais teriam dificuldades em propor e manter uma política ambiental de longo prazo, em razão da alternância de poder inerente às instâncias políticas locais.<sup>7</sup>

Embora os municípios prioritários não tenham estabelecido, dentro de sua esfera exclusiva de competência, normas que regulem a destinação dos repasses oriundos do ICMS Verde, considerava-se, à época de introdução da política, que aumentariam seus investimentos com a gestão ambiental (TUPIASSU e OLIVEIRA, 2016), já que, em geral, a política possui a função de incentivar a adoção de condutas ambientalmente desejáveis pelos entes municipais e, no caso paraense, houve a intenção específica de incentivar a estruturação de um sistema de gestão ambiental municipal. De fato, um dos resultados esperados do ICMS Verde é o aumento das despesas dos municípios com a gestão ambiental, como já se verificou em outros estados, como no estado do Rio de Janeiro (FERREIRA *et al.*, 2015).

Nesse sentido, realizou-se análise da evolução do percentual de despesas orçamentárias destes municípios alocado à função gestão ambiental, em período que compreende os quatro primeiros exercícios financeiros decorridos desde a introdução da política (2013-2016) e os quatro anteriores (2009-2012).

Ressalte-se que alguns dos municípios não figuram nas bases de dados referentes a um ou dois exercícios financeiros do período analisado;<sup>8</sup> e, em certos casos, embora o município conste da base de dados, não houve registro de despesas sob a função gestão ambiental. No primeiro caso, optou-se por excluir o exercício financeiro do cômputo, enquanto que, no segundo, considerou-se não ter ocorrido qualquer despesa nessa área no exercício financeiro. Os resultados encontram-se dispostos na Tabela 3.

...

<sup>7</sup> A fim de atestar cientificamente quais critérios são determinantes para a ausência de destinação ambiental dos recursos recebidos a título de ICMS Verde, é necessário realizar-se larga pesquisa empírica, que supera os objetivos do presente estudo.

<sup>8</sup> O município de Altamira não consta das bases de dados referentes aos anos de 2015 e 2016. Contudo, foi possível obter as informações destes exercícios financeiros a partir dos balanços orçamentários disponibilizados no sítio eletrônico da prefeitura municipal.

TABELA 3 – PERCENTUAL DE DESPESAS ORÇAMENTÁRIAS REGISTRADAS SOB A FUNÇÃO GESTÃO AMBIENTAL EM RELAÇÃO AO TOTAL DE DESPESAS NO EXERCÍCIO FINANCEIRO

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
ALTAMIRA	0,00	0,87	0,09	-	0,65	0,73	3,13	5,55
ANAPU	0,01	0,41	0,00	0,00	0,81	0,86	0,84	0,78
CUMARU DO NORTE	1,18	1,04	1,11	1,22	0,00	-	1,29	-
ITUPIRANGA	0,00	0,21	0,31	0,00	0,37	0,00	0,00	0,00
MARABÁ	0,99	1,00	1,56	1,22	0,41	0,37	0,39	0,40
MOJU	0,19	0,53	0,34	0,32	0,01	0,32	0,44	0,67
NOVO PROGRESSO	0,49	0,48	0,01	0,24	0,57	0,58	0,78	0,82
NOVO REPARTIMENTO	0,02	0,01	0,01	0,45	0,64	3,40	3,57	3,09
PACAJÁ	1,30	1,04	4,65	1,33	2,04	2,29	1,96	2,48
RONDON DO PARÁ	0,71	0,45	0,22	0,32	0,42	0,31	0,32	0,29
SANTA MARIA DAS BARREIRAS	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,01
SÃO FÉLIX DO XINGU	1,97	2,61	0,37	0,17	0,33	0,57	1,84	1,41
SENADOR JOSÉ PORFÍRIO	1,67	1,67	1,66	-	1,80	2,39	1,65	1,74
MÉDIA	0,66	0,79	0,79	0,48	0,62	0,99	1,25	1,44

Fonte: Elaboração dos autores com base em dados oficiais (BRASIL, 2009, 2010, 2012, 2014a, 2014b e 2017c).

Ainda, comparou-se as médias de gastos proporcionais com a gestão ambiental no período anterior (2008-2012) e posterior (2013-2016) à Lei Estadual n. 7.638/2012. Optou-se por enquadrar o exercício financeiro de 2012 no período anterior à implementação da política, visto que a Lei Estadual n. 7.638/2012 somente foi promulgada em julho daquele ano, obtendo-se os dados constantes na Tabela 4.

TABELA 4 – MÉDIA PERCENTUAL DE DESPESAS ORÇAMENTÁRIAS REGISTRADAS SOB A FUNÇÃO GESTÃO AMBIENTAL NOS PERÍODOS 2008-2012 E 2013-2016

	MÉDIA 2009-2012	MÉDIA 2013-2016	MÉDIA 2008-2016
ALTAMIRA	0,32	2,52 (+)	1,58
ANAPU	0,11	0,82 (+)	0,46
CUMARU DO NORTE	1,14	0,64 (-)	0,97
ITUPIRANGA	0,13	0,09 (-)	0,11
MARABÁ	1,19	0,39 (-)	0,79
MOJU	0,35	0,36 (-)	0,35
NOVO PROGRESSO	0,31	0,69 (+)	0,50
NOVO REPARTIMENTO	0,12	2,67 (+)	1,40
PACAJÁ	2,08	2,19 (+)	2,14
RONDON DO PARÁ	0,43	0,34 (-)	0,38
SANTA MARIA DAS BARREIRAS	0,00	0,00 (=)	0,00
SÃO FÉLIX DO XINGU	1,28	1,04 (-)	1,16
SENADOR JOSÉ PORFÍRIO	1,67	1,89 (+)	1,80
MUNICÍPIOS PRIORITÁRIOS	0,68	1,07 (+)	0,88

Fonte: Elaboração dos autores com base em dados oficiais (BRASIL, 2009, 2010, 2012, 2014a, 2014b e 2017c).

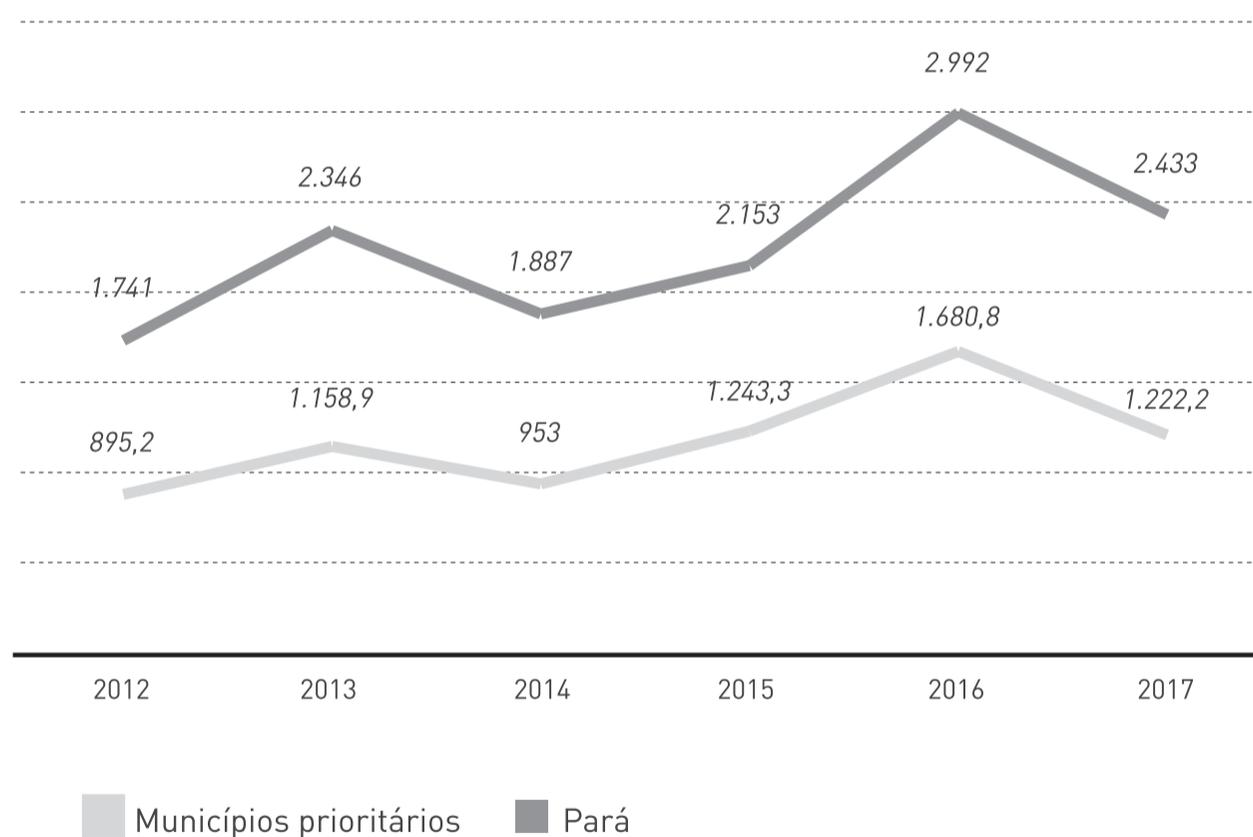
Percebe-se que a média de despesas orçamentárias dos municípios prioritários com gestão ambiental aumentou consideravelmente desde a introdução do ICMS Verde, com variação positiva de 57,35%. Entretanto, não houve uma tendência uniforme entre os integrantes do grupo analisado, visto que cinco dos doze municípios registraram reduções significativas de

gastos dessa natureza e o município de Santa Maria das Barreiras não informou qualquer despesa, em ambos os períodos. Além disso, boa parte do crescimento se concentrou nos municípios de Altamira e Novo Repartimento, sendo que, quanto ao primeiro, parcela expressiva das despesas no ano de 2016 decorreu de modificação nos procedimentos contábeis da administração municipal.<sup>9</sup>

De qualquer modo, conquanto não exista regulamentação normativa acerca da destinação dos repasses provenientes do ICMS Verde e não se tenha constatado uma tendência uniforme de aumento de despesas com a gestão ambiental municipal, é certo que, quanto aos municípios prioritários, a política não surtiu a eficácia esperada de controle e redução do desmatamento, conforme acusam as taxas registradas nos últimos anos.

Como se depreende do Gráfico 3, desde a implementação da política, em 2012, a participação da taxa de incremento de desmatamento nos municípios prioritários em relação ao verificado em todo o estado manteve-se estável.

GRÁFICO 3 – TAXAS ANUAIS DE INCREMENTO DE DESMATAMENTO NO ESTADO DO PARÁ E NOS MUNICÍPIOS PRIORITÁRIOS, EM KM<sup>2</sup> DE ÁREA DESMATADA (2012-2017)



Fonte: Elaboração dos autores com base em dados oficiais (INPE, 2018).

...

<sup>9</sup> Em 2016, do total de despesas registradas por Altamira como de gestão ambiental, quase metade decorreu da “manutenção de serviços de limpeza pública”, gasto que até 2015 não era computado sob esta função (ALTAMIRA, 2015 e 2016).

Em vista de seu objetivo central, esperava-se que a política fomentasse maior envolvimento dos municípios nas ações cooperadas de combate ao desmatamento, desenvolvidas em conjunto com outros entes federativos. No âmbito do PMV, tal pensamento está relacionado a algumas das metas a que os municípios se submetem ao aderir ao programa, como a de verificação em campo de focos de desmatamento, na qual os municípios devem atender a alertas emitidos em boletins mensais de monitoramento produzidos pelo Sistema de Alertas de Desmatamento (SAD), com posterior encaminhamento de relatórios à Semas/PA.<sup>10</sup> Considera-se cumprida a meta quando o município responder a todos os alertas que receber ou caso não receba nenhum; se responder mais da metade dos alertas, a meta é considerada parcialmente cumprida.

Conforme relatórios desenvolvidos no âmbito do PMV, dos municípios prioritários, somente Senador José Porfírio respondeu a todos os alertas de desmatamento recebidos no ano de 2016 e, quanto aos demais, a realização de verificação em campo foi incipiente ou totalmente inexistente, à exceção de Rondon do Pará, conforme se percebe pela análise dos dados contidos na Tabela 5.

TABELA 5 – VERIFICAÇÃO EM CAMPO DE FOCOS DE DESMATAMENTO NOS MUNICÍPIOS PRIORITÁRIOS (2016)

	ALERTAS RECEBIDOS - 2016	ALERTAS RESPONDIDOS - 2016	ALERTAS NÃO RESPONDIDOS - 2016	CUMPRIU A META?
ALTAMIRA	205	13	192	NÃO
ANAPU	45	0	45	NÃO
CUMARU DO NORTE	4	0	4	NÃO
ITUPIRANGA	5	0	5	NÃO

(continua)

...

10 “A partir do recebimento da informação, o município tem a missão de fiscalizar em campo para saber se o desmatamento de fato ocorreu e qual a sua finalidade (a atividade para a qual se destina). Para tanto, recebe um boletim de verificação em campo a ser preenchido pelo município e devolvido para o PMV. Esta é a prova documental, que deve conter fotos, detalhes de localização e motivos do desmatamento, e será usada para a responsabilização do infrator pelos órgãos competentes, como a Sema ou o MPF. É um instrumento para dar capacidade de resposta aos alertas de desmatamento” (WHATELY e CAMPANILI, 2013, p. 45-46).

	<b>ALERTAS RECEBIDOS - 2016</b>	<b>ALERTAS RESPONDIDOS - 2016</b>	<b>ALERTAS NÃO RESPONDIDOS - 2016</b>	<b>CUMPRIU A META?</b>
MARABÁ	20	4	16	NÃO
MOJU	3	1	2	NÃO
NOVO PROGRESSO	80	0	80	NÃO
NOVO REPARTIMENTO	55	13	42	NÃO
PACAJÁ	80	3	77	NÃO
RONDON DO PARÁ	13	11	2	PARCIALMENTE
SANTA MARIA DAS BARREIRAS	1	0	1	NÃO
SÃO FÉLIX DO XINGU	209	0	209	NÃO
SENADOR JOSÉ PORFÍRIO	23	23	0	SIM
<b>TOTAL</b>	<b>743</b>	<b>68</b>	<b>675</b>	

Fonte: Elaboração dos autores com base em dados oficiais (PMV, 2017f, 2017g, 2017h, 2017i, 2017j e 2017k).

Outras metas do PMV diretamente relacionadas à busca de um engajamento maior dos municípios no combate ao desmatamento são as de celebrar pacto local de prevenção e combate ao desmatamento ilegal e promoção do desenvolvimento sustentável (meta I) e de constituir e funcionar grupo de trabalho municipal com a mesma finalidade (meta II). Tais objetivos foram estabelecidos com base na experiência do município de Paragominas, o qual conseguiu sair da Lista de Municípios Prioritários a partir da formação de amplas coalizões locais contra o desmatamento (WHATELY e CAMPANILI, 2013).

Todos os municípios prioritários celebraram o pacto local, atendendo à meta I do Programa. Entretanto, em relação à meta II, constata-se que, embora a maioria dos municípios tenha constituído o grupo de trabalho – à exceção de Novo Progresso, que não comprovou a formação do grupo –, seu funcionamento é, no melhor dos casos, incipiente. Durante o ano de 2016, nenhum dos municípios prioritários promoveu reuniões dos grupos (PMV,

2017f, 2017g, 2017h, 2017i, 2017j e 2017k). Embora no primeiro trimestre de 2017 tenham ocorrido reuniões em alguns municípios, na maioria dos casos os grupos de trabalho não foram considerados ativos pelo Programa (PMV, 2017l, 2017m, 2017n, 2017o, 2017p, 2017q e 2017r).

Portanto, os dados acima expostos expõem uma situação contraditória em relação ao tratamento benéfico recebido pelos municípios prioritários desde a implementação do ICMS Verde. Ao contrário do que se tencionou com a edição da Lei Estadual n. 7.638/2012, de modo geral, os repasses oriundos do ICMS Verde não são destinados, por meio de regulamentação de lei municipal, aos Fundos Municipais. Ainda, embora tenha ocorrido um aumento na média de despesas com a gestão ambiental, a tendência não foi uniforme, visto que, em metade dos municípios analisados, houve redução ou ausência de despesas nesta função. Ademais, as taxas de incremento de desmatamento destes municípios não mostram sinais de arrefecimento, enquanto que não se constata um efetivo engajamento dos entes municipais em ações de combate ao desmatamento.

Uma hipótese para a ausência de engajamento em gestão ambiental – ou ausência de efeitos de tal engajamento – por parte dos municípios é de que tais entes sofrem limitações, fáticas e jurídicas à sua atuação em grande parcela de seu território, a qual se encontra sujeita a restrições impostas pelo estado e pela União. Em vista disso, como já observado, buscou-se analisar as possibilidades de atuação municipal em espaços territoriais sob influência estadual e federal, a partir do estudo de dois municípios prioritários do estado do Pará.

## **5. POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DE ALTAMIRA E SÃO FÉLIX DO XINGU NO COMBATE AO DESMATAMENTO EM ESPAÇOS SOB GESTÃO TERRITORIAL E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL FEDERAL E ESTADUAL**

Altamira e São Félix do Xingu lideram, desde 2012, a lista dos municípios com as maiores taxas de incremento de desmatamento no Estado (INPE, 2017a) e, também, figuram como os maiores recebedores de repasses sob o ICMS Verde em 2017, segundo índices divulgados pela Semas/PA (PARÁ, 2017d).

A situação apresentada contradiz, como já visto, as diretrizes de compensação e incentivo inerentes ao ICMS Verde. A presença de áreas protegidas no município lhe permite auferir maiores receitas sob o critério ecológico, embora parcela significativa do incremento de desmatamento também se dê nesses espaços, produzindo externalidades negativas. A natureza predominantemente quantitativa dos indicadores ambientais utilizados torna invisível à política o processo agravado de degradação ambiental no qual se encontram, por exemplo, unidades de conservação situadas em frentes de avanço do desmatamento.

No entanto, considerada sua finalidade precípua de combater o desmatamento por meio de incentivos financeiros à contribuição dos entes municipais, a configuração do ICMS Verde deve levar em conta as possibilidades de contribuição dos municípios nessa tarefa, notadamente em

áreas sujeitas à ingerência do estado-membro e da União, nas quais a atuação municipal pode enfrentar óbices de natureza jurídica e fática.

Em vista disso, realizou-se análise da dinâmica do desmatamento na parcela dos territórios de Altamira e São Félix do Xingu que se encontra sob a gestão territorial e fiscalização ambiental das esferas estadual e federal. Os municípios foram selecionados para exame conjunto por apresentarem as maiores taxas de desmatamento no estado e terem territórios contíguos, compartilhando espaços protegidos. Nesse ínterim, reuniram-se dados referentes ao desmatamento em unidades de conservação, terras indígenas, assentamentos de reforma agrária e glebas públicas federais situados nestes municípios, disponibilizados pelo Projeto Prodes, Instituto Socioambiental (ISA), MMA e PMV, buscando-se identificar as principais medidas de gestão ambiental adotadas e qual o papel dos municípios – bem como os óbices à sua atuação efetiva – no combate ao desmatamento nesses espaços.

Inicialmente, observa-se que 90,02% do território de Altamira, e 74,42% do de São Félix está tomado por áreas protegidas (ISA, 2017a). Das categorias de áreas protegidas encontradas nestes municípios, constata-se que o processo de desmatamento nas 11 terras indígenas (TIs) que perpassam seus territórios é o de menor expressão, chegando a pouco mais de 1% do total desmatado entre 2012 e 2014 (ISA, 2017a). É um cenário esperado, visto que as terras indígenas constituem a categoria de área protegida mais eficaz em inibir o processo de desflorestamento e evitar as emissões associadas de gases do efeito estufa (SOARES-FILHO, 2010), o que se deve à existência de atributos ambientais que as diferenciam dos demais espaços protegidos – elas têm um regime jurídico peculiar, visto que servem como suporte da organização social e identidade cultural dos povos indígenas (BRITO e BARBOSA, 2015).

Os municípios analisados albergam, entre si, treze Unidades de Conservação (UCs), duas das quais de criação estadual (ambas de uso sustentável) e onze federais (quatro de proteção integral e sete de uso sustentável) (ISA, 2017b). Dentre as UCs, duas estão entre as dez mais desmatadas da Amazônia legal no período de 2012 a 2015: a primeira colocada, a Área de Proteção Ambiental (APA) Trunfo do Xingu e a sexta, a Floresta Nacional Altamira (ARAÚJO, 2017). Somente nessa primeira UC, de criação estadual, situada no território de ambos os entes municipais, ocorreu aproximadamente 24,2% do desmatamento registrado nos municípios no período. Entre 2012 e 2015, foram desmatados 1.868,90 km<sup>2</sup> de floresta nos dois municípios, dos quais, 453,25 km<sup>2</sup> somente na APA Trunfo do Xingu (INPE, 2017a e 2017b).

Uma das principais causas de desmatamento na APA Triunfo do Xingu é a ocupação irregular de terras, decorrente da ausência de regularização fundiária e, sobretudo, de um plano de manejo, que delimite as áreas destinadas à preservação de recursos ambientais, insuscetíveis de ocupação. Além disso, a fiscalização de atividades poluidoras é precária, já que a equipe gestora da UC é composta por apenas quatro pessoas, também responsáveis pela gestão de outras quatro UCs (ARAÚJO *et al.*, 2017).

Como a APA Triunfo do Xingu foi criada em 2006, a elaboração de seu plano de manejo – tarefa de atribuição do órgão gestor estadual, o Ideflor-bio – deveria ter ocorrido até 2011, em razão do prazo de cinco anos estabelecido pela legislação (BRASIL, 2000). Logo, a inércia do poder público estadual é fator determinante do nível de desmatamento nesta UC. Trata-se de violação do dever fundamental do poder público de proteger o meio ambiente que pode ensejar a responsabilização da pessoa jurídica a quem incumbe a tarefa de elaborar o plano (MACHADO, 2013).

Além disso, a competência prevalente para o exercício do poder de polícia ambiental em UCs é atribuída pela Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, ao seu órgão gestor. Embora a concessão de licenciamento ou autorização para supressão ou manejo de vegetação em APAs, quanto a atividades que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, seja atribuição dos entes municipais, a ausência de plano de manejo é bastante prejudicial, devido à incerteza jurídica causada pela inexistência de normas que regulem a ocupação e uso dos recursos naturais da área (BRASIL, 2011).

Quanto ao desmatamento em projetos de assentamento (PA), percebe-se que dois dos PAs com as maiores taxas de desmatamento entre 2012 e 2015 estão situados no município de Altamira: os Projetos de Desenvolvimento Sustentável (PDS) Terra Nossa e Itatá (BRASIL, 2016). Além disso, segundo apurado pelo PMV, cerca de 35,9% do desmatamento registrado em São Félix do Xingu entre 2012 e 2014 ocorreu em PAs (PMV, 2016b).

Há, portanto, uma participação expressiva dos assentamentos na dinâmica do desmatamento desses municípios, a qual também se verifica na Amazônia como um todo – entre 2010 e 2014, 29,2% do desmatamento amazônico se deu nessas áreas (ALENCAR *et al.*, 2016). A carência de políticas públicas de apoio à produção sustentável, aliada à ocorrência de vetores diretos – como a utilização de pecuária extensiva –, são características prevalentes nos assentamentos com as maiores taxas de desmatamento. Nesse sentido, a redução do desmatamento depende de uma reestruturação institucional do Incra, para que se adéque ao desafio de promover a sustentabilidade econômica e ambiental nos assentamentos (ALENCAR *et al.*, 2016). Ressalte-se ainda que a competência prevalente para fiscalizar assentamentos recai sobre os estados-membros, visto que lhes cabe aprovar o manejo e a supressão de vegetação em imóveis rurais (BRASIL, 2011).

Por fim, verifica-se que o município de Altamira abrange a gleba pública federal com o maior desmatamento entre 2012 e 2015 (Curuaes) e parte da segunda e terceira (Gorotire e Curuá) (BRASIL, 2016). Somente na primeira área, foram desmatados 394,36 km<sup>2</sup> de floresta de 2012 a 2015, o que equivale a 34,9% do desmatamento ocorrido no município, nesse período. A existência de efetiva governança fundiária é condição necessária para o combate ao desmatamento nestas áreas, as quais estão inseridas no programa Terra Legal do governo federal, que visa atingir a regularização fundiária mediante a concessão de direito real de uso aos posseiros legítimos de terras públicas federais não destinadas, de modo a promover modelos de produção sustentável (BRASIL, 2016).

Vê-se, deste modo, que a efetividade do combate ao desmatamento nos municípios analisados depende de condutas de atribuição estadual e federal, como a promoção do ordenamento fundiário e territorial em UCs de uso sustentável e em terras públicas, bem como a adoção de políticas públicas de incentivo a modelos sustentáveis de produção em assentamentos de reforma agrária. Ademais, o exercício do poder de polícia ambiental em UCs e PAs cabe, segundo a Lei Complementar n. 140/2011, em primeiro lugar, ao ente instituidor e ao estado-membro, respectivamente.

Por outro lado, como o princípio da cooperação orienta a distribuição da competência material ambiental, todos os entes federativos possuem o dever fundamental de atuar de forma conjunta na defesa do meio ambiente. Desse modo, embora se reconheça as dificuldades dos entes municipais em contribuir para o combate ao desmatamento nas áreas em análise, não há como se afirmar que não possuem um papel a desempenhar nesta tarefa.

Observa-se que existem vozes críticas, que levantam dúvidas acerca da constitucionalidade de algumas disposições da Lei Complementar n. 140/2011, sobretudo em relação à previsão de um sistema único de licenciamento (MACHADO, 2013, p. 324) e à vinculação entre a competência de licenciar e de fiscalizar (ARAÚJO, 2013, p. 529-530). De qualquer modo, conquanto não caiba fazer maiores considerações acerca da constitucionalidade desta lei – por extrapolar o objeto de estudo –, percebe-se que os municípios podem contribuir, ainda que sob o marco da Lei Complementar n. 140/2011, para a fiscalização ambiental nas áreas em análise, como ocorre com a verificação em campo empreendida no âmbito do PMV – a qual está compreendida na previsão do § 2º do art. 17 da lei complementar.<sup>11</sup>

Ademais, quanto ao desmatamento ocorrido em UCs, os governos e as comunidades locais podem contribuir para o exercício do poder de polícia em seu entorno, sobretudo na zona de amortecimento, caso já estabelecida pelo plano de manejo (NEVES, 2012). Ainda, a efetiva implementação de grupos de trabalho envolvendo atores locais – uma das metas do PMV que não foi atendida pela maioria dos municípios analisados, como visto acima – é outra medida que pode se mostrar eficaz no combate ao desmatamento nestas áreas.

O enfoque conferido à questão deve levar em consideração o dever fundamental de cooperação entre os entes federativos para a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado e não somente a perspectiva da autonomia de cada ente. Não se pode esperar que os municípios atuem de forma preeminente, posto que não possuem as atribuições necessárias para tanto e a tarefa pode demandar capacidades e recursos que excedem as construídas até o momento – o que não implica, contudo, dizer não possam contribuir. É preciso que o estado-membro e a União criem políticas específicas para controlar e reduzir o desmatamento

...

11 “Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis” (BRASIL, 2011).

nestas áreas ou que forneçam maior apoio e busquem o fortalecimento das que já existem,<sup>12</sup> especialmente por meio de estímulos à adesão dos governos locais.

O ICMS Verde pode constituir incentivo efetivo para a construção de capacidades e contribuição municipal ao combate ao desmatamento nestas áreas, e, ainda, induzir os governos locais a participar ativamente de políticas específicas de iniciativa estadual e federal. No entanto, o tratamento benéfico recebido pelos municípios prioritários até o momento, sem que se verifique o seu correspondente comprometimento com o objetivo central da política, pode prejudicar quaisquer dessas intenções.

## CONCLUSÃO

O quadro evidenciado pelo presente estudo é de contrariedade, até o momento, entre a base teórica que informa o ICMS Verde paraense, bem como sua finalidade específica de controle do desmatamento, em relação aos resultados práticos alcançados desde a introdução da política. Os municípios prioritários – os quais deveriam, com fundamento nas diretrizes de compensação e incentivo, receber menores valores de repasse com a introdução do critério ecológico – saíram beneficiados com a implementação do ICMS Verde, sem que tenham apresentado maior engajamento no combate ao desmatamento ou maior direcionamento de recursos à gestão ambiental.

Como visto, os municípios analisados não destinam os valores recebidos em função do critério ecológico a seus fundos municipais de meio ambiente, tal qual tencionou o legislador estadual. Ademais, a observação das despesas orçamentárias desse grupo de municípios indicou que não houve uma tendência uniforme de aumento de gastos com gestão ambiental desde a introdução do ICMS Verde. O acréscimo verificado se concentrou em poucos municípios, e quase metade dos entes registrou diminuição da participação das despesas com gestão ambiental nos exercícios financeiros posteriores à implementação da política quanto ao total de despesas realizadas.

Ademais, os municípios prioritários não cumprem metas do PMV diretamente relacionadas à sua participação no combate ao desmatamento – como a verificação em campo de alertas de desmatamento e, sobretudo, a organização de pactos locais com entes da sociedade civil –, que o ICMS Verde busca incentivar. Além disso, embora os referidos municípios tenham recebido maiores valores de repasse desde a introdução do ICMS Verde, não houve diminuição em sua participação nas taxas de desmatamento verificadas no estado.

Portanto, o ICMS Verde recompensou os municípios em que ocorre a maior parte do desmatamento no estado – em contradição com as funções compensatória e incentivadora

...

12 Por exemplo, o Programa Assentamentos Verdes (PAV), lançado pelo Incra no final de 2012 com objetivo de tornar os assentamentos comunidades rurais mais autônomas e ambientalmente sustentáveis (ALENCAR *et al.*, 2016).

da política –, embora a sua atuação na defesa do meio ambiente tenha continuado a ser tímida. Uma alteração possível e já sugerida em outras pesquisas seria a adoção de modelos de indicadores multidimensionais adequados ao ecossistema amazônico, como o modelo Pressão-Estado-Resposta (PER), da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e dos indicadores selecionados pelo Processo de Tarapoto (FERREIRA, 2016; NOBREGA, 2018).

Por outro lado, a efetividade da atuação municipal no combate ao desmatamento é limitada em áreas sob influência da União e do estado-membro, uma vez que depende da realização de condutas de atribuição da esfera estadual e federal, como o ordenamento territorial e a elaboração e aplicação efetiva do plano de manejo de UCs. Apesar disso, remanesce o dever fundamental de cooperação entre os entes federativos para a proteção do meio ambiente, bem como a possibilidade de atuação municipal por meio de outras medidas. As políticas ambientais nesses espaços devem ser específicas e delineadas de maneira cooperativa, de modo que contemplem a participação de todas as esferas político-administrativas.

Nesse ponto, o ICMS poderia incentivar os municípios prioritários a construir as capacidades necessárias à sua atuação contra o desmatamento nesses espaços e a participar de políticas específicas de iniciativa estadual e federal. Entretanto, tal oportunidade pode ser desperdiçada em razão do tratamento benéfico conferido a esses municípios, visto que não há incentivo para que adotem uma postura mais enérgica na defesa dos bens ambientais dessas áreas.

As possibilidades, fáticas e jurídicas, de atuação dos entes municipais no combate ao desmatamento amazônico ainda não foram devidamente perscrutadas, o que se evidencia pela escassa literatura acerca do assunto (NEVES e WHATELY, 2016). Há uma íntima ligação entre essa temática e o ICMS Verde, o que demanda o aprofundamento de estudos acerca da adequação das capacidades e recursos dos quais os municípios dispõem atualmente para o exercício de sua autonomia local no que diz respeito a suas competências ambientais.

Com efeito, há uma premente necessidade de se realizar constante reavaliação dos instrumentos utilizados no contexto amazônico para a consecução do direito fundamental ao meio ambiente saudável, sobretudo ante às persistentemente altas taxas de desmatamento na região e no estado do Pará. Nesse sentido, relevantes são os resultados alcançados com a presente pesquisa, que reuniu e analisou informações suficientes para a realização de diagnóstico da política em relação ao grupo de municípios analisado, avaliando sua consonância com os objetivos por ela almejados. A discussão de tais resultados deve, portanto, contribuir para a realização das necessárias alterações da política pelo poder público estadual.

**AGRADECIMENTOS**

*Os autores agradecem ao financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, no âmbito do Programa Capes/Cofecub e da Agence Nationale de la Recherche no programa «Investissements d'avenir» (Ceba, réf. ANR-10-LABX-25-01).*

**REFERÊNCIAS**

ALENCAR, Ane *et al.* *Desmatamento nos assentamentos da Amazônia: histórico, tendências e oportunidades*. Brasília, DF: IPAM, 2016. 93 p. Disponível em: <http://ipam.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Desmatamento-nos-Assentamentos-da-Amaz%C3%B4nia.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

ALTAMIRA (Município). *Balanço geral orçamentário do exercício financeiro de 2015*. 2015. Disponível em: <http://altamira.pa.gov.br/site/wp-content/uploads/2017/03/Balan%C3%A7o-Geral-2015.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ALTAMIRA (Município). *Balanço geral orçamentário do exercício financeiro de 2016*. 2016. Disponível em: <http://altamira.pa.gov.br/site/wp-content/uploads/2017/04/Balan%C3%A7o-Geral-2016.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ARAÚJO, Elis *et al.* *Unidades de conservação mais desmatadas da Amazônia Legal (2012-2015)*. Belém: Imazon, 2017. Disponível em: [http://imazon.org.br/PDFimazon/Portugues/livros/UCS%20mais%20desmatadas%20Amazonia\\_2012-2015.pdf](http://imazon.org.br/PDFimazon/Portugues/livros/UCS%20mais%20desmatadas%20Amazonia_2012-2015.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

ARAÚJO, Sarah Carneiro. Competência em matéria de licenciamento ambiental: do conflito à solução? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 499-538, jan./jun. 2013.

BARDE, Jean-Philippe. *Économie et politique de l'environnement*. 2 ed. Paris: PUF, 1992.

BAUMOL, William J.; OATES, Wallace E. *The theory of environmental policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 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 15 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Finanças do Brasil*. Dados Contábeis dos Municípios, 2008. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2009. v. LIV. Disponível em: [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge\\_finbra\\_2008.zip/91ba191d-ee56-4a9e-9064-9c9583d4c67d](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge_finbra_2008.zip/91ba191d-ee56-4a9e-9064-9c9583d4c67d). Acesso em 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Finanças do Brasil*. Dados Contábeis dos Municípios, ano 2009. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2010. v. LV. Disponível em: [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge\\_finbra\\_2009.zip/8f85ed32-7a52-47dc-a7ba-e5ecaa551899](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge_finbra_2009.zip/8f85ed32-7a52-47dc-a7ba-e5ecaa551899). Acesso em 15 jun. 2017.

BRASIL. *Lei complementar n. 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 n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. 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: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Finanças do Brasil*. Dados Contábeis dos Municípios, ano 2010. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2012. v. LVI. Disponível em: [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge\\_finbra\\_2010.zip/4560c066-10a1-483c-9067-7f1bb60b4152](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge_finbra_2010.zip/4560c066-10a1-483c-9067-7f1bb60b4152). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Finanças do Brasil*. Dados Contábeis dos Municípios, ano 2011. Vol. LVII. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2014a. Disponível em: [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge\\_finbra\\_2011.zip/07279645-05d4-4835-9d59-b931f7144b0c](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge_finbra_2011.zip/07279645-05d4-4835-9d59-b931f7144b0c). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Finanças do Brasil*. Dados Contábeis dos Municípios, ano 2012. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2014b. v. LVIII. Disponível em: [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge\\_finbra\\_2012.zip/561d62f0-caa9-4fe2-b901-911f7e41b8d8](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/327844/pge_finbra_2012.zip/561d62f0-caa9-4fe2-b901-911f7e41b8d8). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Sustentabilidade. *Relatório de balanço da 3ª fase do PPCDAM* (versão preliminar). 2016. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80120/PPCDAm%203%20fase\\_Balanco\\_versao%20BETA.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80120/PPCDAm%203%20fase_Balanco_versao%20BETA.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal*, 2017a. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/component/k2/item/616-preven%C3%A7%C3%A3o-e-controle-do-desmatamento-na-amaz%C3%B4nia>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Lista de Municípios Prioritários da Amazônia*, 2017b. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivos/florestas/controle\\_e\\_prevencao/2014/lista\\_%20municipios\\_%20prioritarios\\_07.08.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivos/florestas/controle_e_prevencao/2014/lista_%20municipios_%20prioritarios_07.08.pdf). Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro. Contas Anuais (2013-2017)*. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2017c. Disponível em: [https://siconfi.tesouro.gov.br/siconfi/pages/public/consulta\\_finbra/finbra\\_list.jsf](https://siconfi.tesouro.gov.br/siconfi/pages/public/consulta_finbra/finbra_list.jsf). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRITO, Adam Luiz Claudino de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. A gestão ambiental das terras indígenas e de seus recursos naturais: fundamentos jurídicos, limites e desafios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 97-123, jul./dez. 2015.

CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. *ICMSVERDE: um estudo sobre a adequação de seus indicadores à sustentabilidade amazônica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional) – Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2016.

FERREIRA, Simone Assis *et al.* Impacto do ICMS ecológico nos investimentos em saneamento e gestão ambiental: análise dos municípios do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Gestão Ambiental e Sustentabilidade*, São Paulo, v. 4, n. 2, maio/ago., 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). *Prodes – Desmatamento nos municípios*. 2017a. Disponível em: <http://www.dpi.inpe.br/prodesdigital/prodesmunicipal.php>. Acesso em: 15 jun. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). *Prodes – Desmatamento nas unidades de conservação*. 2017b. Disponível em: <http://www.dpi.inpe.br/prodesdigital/prodesuc.php>. Acesso em: 15 jun. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). *Prodes municipal*. 2018. Disponível em: <http://www.dpi.inpe.br/prodesdigital/prodesmunicipal.php>. Acesso em: 11 jun. 2018.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Terras indígenas no Brasil*. 2017a. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br>. Acesso em: 15 jun. 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Unidades de Conservação no Brasil*. 2017b. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/>. Acesso em: 15 jun. 2017.

LÉVÊQUE, François. Externalities, collective goods and the requirement of a state's intervention in pollution abatement. In: LÉVÊQUE, François; CARRARO, Carlo. *Voluntary approaches in environmental policy*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1999.

LOUREIRO, Wilson. Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no estado do Paraná. 2002. Tese (Doutorado em Engenharia Florestal) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARSHALL, Alfred. *Principles of economics*. London: Macmillan and Co., 1920.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Estela Maria Souza Costa *et al.* *O processo de municipalização da estratégia de prevenção e combate ao desmatamento na Amazônia: estudos de casos sobre municípios integrantes da Lista de Municípios Prioritários do Ministério do Meio Ambiente*, 2015. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/999816d7a617e650c796109566e1337c/3def184ad8f4755ff269862ea77393dd/Estudo\\_o\\_%20Processo%20de%20municipaliza%C3%A7ao%20combate%20ao%20desmatamento%20na%20Amazonia.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/999816d7a617e650c796109566e1337c/3def184ad8f4755ff269862ea77393dd/Estudo_o_%20Processo%20de%20municipaliza%C3%A7ao%20combate%20ao%20desmatamento%20na%20Amazonia.pdf). Acesso em: 02 set. 2019.

NEVES, Estela Maria Souza Costa. Política ambiental, municípios e cooperação intergovernamental no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, n. 74, p. 137-150, 2012.

NEVES, Estela Maria Souza Costa. Política e gestão no contexto municipal. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 23-40, 2014.

NEVES, Estela Maria Souza Costa; WHATELY, Marussia. Municipalities and policies against deforestation in the Brazilian Amazon. *Novos Estudos*, Cebrap, São Paulo, v. 35, p. 67-83, nov. 2016.

NOBREGA, Bernardo Mendonça. *O ICMS Verde como instrumento de equidade intraestadual no Pará*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional) – Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2018.

OLIVEIRA, Adriano Carvalho. *ICMS ecológico e desenvolvimento: análise dos Estados de Rondônia, Tocantins, Ceará e Pará*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional) – Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2014.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE). *Recommendation of the Council on Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. Paris: OCDE, 1972.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE). *Instruments économiques pour la protection de l'environnement*. Paris: OCDE, 1989.

PARÁ. *Constituição do Estado do Pará*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. 1989.

PARÁ. *Decreto Estadual n. 1.697, de 5 de junho de 2009*. Institui o Plano de Prevenção, Controle e Alternativas ao Desmatamento do Estado do Pará, e dá outras providências. 2009. Disponível em: <https://www.semas.pa.gov.br/2009/06/05/9701/>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PARÁ. *Lei n. 7.638, de julho de 2012*. Dispõe sobre o tratamento especial de que trata o § 2º do art. 225 da Constituição do Estado do Pará. 2012. Disponível em: [https://www.semas.pa.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/legislacao/estadual/Lei\\_Estadual\\_no\\_7.638\\_ICMS\\_VERDE.pdf](https://www.semas.pa.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/legislacao/estadual/Lei_Estadual_no_7.638_ICMS_VERDE.pdf). Acesso em: 20 maio 2019.

PARÁ. *Decreto n. 775, de 26 de junho de 2013*. Regulamenta a Lei Estadual n. 7.638, de 12 de julho de 2012. 2013. Disponível em: <https://www.semas.pa.gov.br/2013/06/27/d-e-c-r-e-t-o-no-775-de-26-de-junho-de-2013-publicado-no-doe-no-32-426-de-27062013>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PARÁ. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade. *Diretrizes metodológicas e detalhamento dos critérios de repasse do ICMS Verde no estado do Pará: porção municipal*. 2016. Disponível em: [https://www.semas.pa.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/NOVA\\_METODOLOGIA\\_1.pdf](https://www.semas.pa.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/NOVA_METODOLOGIA_1.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PARÁ. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade. *Portaria Semas/PA n. 1.310 de 3 de agosto de 2017*. Publica os dados, informações e índices definitivos referentes ao repasse do ICMS Verde aos municípios e dá outras providências. 2017. Disponível em: <https://www.semas.pa.gov.br/2017/08/07/portaria-n1310-de-0382017-publicada-no-doe-n33432-de-7817-pag-38-e-39>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan and Co, 1929.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da gestão ambiental municipal nos municípios vinculados à base local Dom Eliseu*. 2016a. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P7\\_Diag\\_Gest\\_Amb\\_Base%20Local%20Dom%20Eliseu\\_revfinal.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P7_Diag_Gest_Amb_Base%20Local%20Dom%20Eliseu_revfinal.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da dinâmica do desmatamento nos municípios da base local Redenção*. 2016b. Disponível em [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P05\\_Diagno%CC%81stico%20da%20dina%CC%82mica%20do%20desmatamento\\_Base%20Local%20Redenc%CC%A7a%CC%83o\\_v007.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P05_Diagno%CC%81stico%20da%20dina%CC%82mica%20do%20desmatamento_Base%20Local%20Redenc%CC%A7a%CC%83o_v007.pdf). Acesso em 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da gestão ambiental municipal nos municípios vinculados à base local Altamira*. 2017a. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P07\\_Diag\\_Ges\\_Amb\\_Geral\\_B\\_Altamira\\_rev-final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P07_Diag_Ges_Amb_Geral_B_Altamira_rev-final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da gestão ambiental municipal nos municípios vinculados à base local Itaituba*. 2017b. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P07\\_Diag\\_Ges\\_Amb\\_Geral\\_B\\_Itaituba\\_rev%20final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P07_Diag_Ges_Amb_Geral_B_Itaituba_rev%20final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da gestão ambiental municipal nos municípios vinculados à base local Marabá*. 2017c. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P07\\_Diag\\_Ges\\_Amb\\_Geral\\_B\\_Maraba%CC%81\\_rev%20final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P07_Diag_Ges_Amb_Geral_B_Maraba%CC%81_rev%20final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da gestão ambiental municipal nos municípios vinculados à base local Redenção*. 2017d. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P07\\_Diag\\_Ges\\_Amb\\_Geral\\_B\\_Redencao\\_rev\\_final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P07_Diag_Ges_Amb_Geral_B_Redencao_rev_final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Diagnóstico da gestão ambiental municipal nos municípios vinculados à base local Tailândia*. 2017e. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV\\_P07\\_Diag\\_Ges\\_Amb\\_Geral\\_B\\_Tailandia\\_rev%20final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/NEPMV_P07_Diag_Ges_Amb_Geral_B_Tailandia_rev%20final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Segundo relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Altamira*. 2017f. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10.2\\_Rel\\_Monit\\_Altamira\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10.2_Rel_Monit_Altamira_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Segundo relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Dom Eliseu*. 2017g. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10.2\\_Rel\\_Monit\\_DomEliseu\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10.2_Rel_Monit_DomEliseu_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf).

pa.gov.br/files/edital/P10%202\_Rel\_Monit\_DomEliseu\_NEPMV\_10\_2015\_rev\_final.pdf. Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Segundo relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Itaituba*. 2017h. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202\\_Rel\\_Monit\\_Itaituba\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202_Rel_Monit_Itaituba_NEPMV_10_2015_rev_final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Segundo relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Marabá*. 2017i. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202\\_Rel\\_Monit\\_Maraba\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202_Rel_Monit_Maraba_NEPMV_10_2015_rev_final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Segundo relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Redenção*. 2017j. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202\\_Rel\\_Monit\\_Redencao\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202_Rel_Monit_Redencao_NEPMV_10_2015_rev_final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Segundo relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Tailândia*. 2017k. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202\\_Rel\\_Monit\\_Tailandia\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_final.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%202_Rel_Monit_Tailandia_NEPMV_10_2015_rev_final.pdf). Acesso em: 15 jun. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Terceiro relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Altamira*. 2017l. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203\\_Rel\\_Monit\\_Altamira\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203_Rel_Monit_Altamira_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 ago. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Terceiro relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Dom Eliseu*. 2017m. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203\\_Rel\\_Monit\\_DomEliseu\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203_Rel_Monit_DomEliseu_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 ago. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Terceiro relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Itaituba*. 2017n. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203\\_Rel\\_Monit\\_Itaituba\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203_Rel_Monit_Itaituba_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 ago. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Terceiro relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Marabá*. 2017o. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203\\_Rel\\_Monit\\_Maraba\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203_Rel_Monit_Maraba_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 ago. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Terceiro relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Redenção*. 2017p. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203\\_Rel\\_Monit\\_Redencao\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203_Rel_Monit_Redencao_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 ago. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Terceiro relatório de monitoramento das ações do PMV nos municípios vinculados à base local Tailândia*. 2017q. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203\\_Rel\\_Monit\\_Tailandia\\_NEPMV\\_10\\_2015\\_rev\\_02.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/edital/P10%203_Rel_Monit_Tailandia_NEPMV_10_2015_rev_02.pdf). Acesso em: 15 ago. 2017.

PROGRAMA MUNICÍPIOS VERDES (PMV). *Relatórios por município*. 2017r. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/relatorios/seleciona\\_territorio/ficha\\_completa](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/relatorios/seleciona_territorio/ficha_completa). Acesso em: 15 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. *Constituição e legislação ambiental comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *Verba Juris*, João Pessoa, v. 3, n. 3, p. 154-190, jan./dez. 2004.

SOARES-FILHO, Britaldo *et al.* *Role of Brazilian Amazon protected areas in climate change mitigation*. PNAS 2010. 2010. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/107/24/10821.full.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais da implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Desenvolvimento econômico sustentável e tributação ambiental: breves fundamentos e perspectivas de estudo. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coords.). *Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade*. São Paulo: Método; Belém: Ed. CESUPA, 2010, p. 107-126.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa; HABER, Lilian Mendes. Quota-parte do ICMS e desenvolvimento sustentável: a nova Lei do ICMS Ecológico no estado do Pará. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo. *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2014. p. 295-312.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa; OLIVEIRA, Adriano Carvalho. ICMS Verde para a redução do desmatamento amazônico: estudo sobre uma experiência recente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 277-306, 2016.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa; GROS-DÉSORMEAUX, Jean-Raphaël; FADEL, Luiz Paulo de Sousa Leão. O impacto do ICMS Verde nos municípios prioritários do estado do Pará. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 67-86, 2018.

WHATELY, Marussia; CAMPANILI, Maura (orgs.). *Programa Municípios Verdes: lições aprendidas e desafios para 2013/2014*. Belém/PA, 2013. Disponível em: [http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/999816d7a617e650c796109566e1337c/d67d8ab4f4c10bf22aa353e27879133c/PMV\\_Li%C3%A7%C3%B5es%20Aprendidas%20e%20desafios%20para%202013\\_2014.pdf](http://www.municipiosverdes.pa.gov.br/files/999816d7a617e650c796109566e1337c/d67d8ab4f4c10bf22aa353e27879133c/PMV_Li%C3%A7%C3%B5es%20Aprendidas%20e%20desafios%20para%202013_2014.pdf). Acesso em: 20 maio 2019.

WUNDER, Sven. *Payments for environmental services: Some nuts and bolts*. Occasional Paper, n. 42. Bogor: Center for International Forestry Research, 2005.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

TUPIASSU, Lise; FADEL, Luiz Paulo de Sousa Leão; GROS-DÉSORMEAUX, Jean-Raphaël. ICMS Ecológico e desmatamento nos municípios prioritários do Estado do Pará. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019, e1928. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201928>.

*Lise Tupiassu*

DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 – CAPITOLE.  
MESTRE EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA UNIVERSITÉ PARIS I, PANTHEON-SORBONNE. MESTRE EM INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ (UFPA). MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSITÉ DE TOULOUSE I - CAPITOLE. PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ (UFPA) E DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ (CESUPA). CO-COORDENADORA DA REDE DE PESQUISAS JUNCTION AMAZONIAN BIODIVERSITY UNITS RESEARCH NETWORKING PROGRAM (JAMBU RNP) E DOS GRUPOS DE PESQUISA (CNPq) “BIODIVERSIDADE, SOCIEDADE E TERRITÓRIO NA AMAZÔNIA – BEST AMAZÔNIA” E “TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO”.

*lise@ufpa.br*

*Luiz Paulo de Sousa Leão Fadel*

BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ.  
EX-BOLSISTA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO PROGRAMA PIBIC/CNPq/UFPA.

*luizpfadel@gmail.com*

*Jean-Raphaël Gros-Désormeaux*

DOUTOR EM GEOGRAFIA PELA UNIVERSITÉ DES ANTILLES ET DE LA GUYANNE (UAG). PESQUISADOR DO CENTRE NATIONAL DES RECHERCHES SCIENTIFIQUES (CNRS) E DO LABORATOIRE CARIBÉEN DE SCIENCES SOCIALES (LC2S). CO-COORDENADOR DA REDE DE PESQUISAS JUNCTION AMAZONIAN BIODIVERSITY UNITS RESEARCH NETWORKING PROGRAM (JAMBU RNP).

*jrmgrosdesormeaux@yahoo.fr*

**1** Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0003-4497-9866>

**2** Laboratório de Pesquisa em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal, Ottawa, Ontário, Canadá  
<https://orcid.org/0000-0002-8381-2092>

# Por uma perspectiva integrada dos Juizados Especiais: experiências de informalização da justiça em São Paulo

FOR AN INTEGRATIVE APPROACH OF THE BRAZILIAN SPECIAL COURTS: JUSTICE INFORMALIZATION EXPERIENCES IN SÃO PAULO

Ana Carolina Chasin<sup>1</sup> e Carmen Fullin<sup>2</sup>

## Resumo

O artigo analisa experiências de informalização da justiça a partir de uma abordagem integrada das áreas cível e criminal. Instituídos nacionalmente pela Lei n. 9.099/1995, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais representam um marco na introdução de elementos informalizantes em espaços judiciais no Brasil e comportam, internamente, uma tensão fruto do duplo objetivo que se auto-atribuem: por um lado, a extensão da regulação jurídica para conflitos cotidianos; por outro, a redução da sobrecarga da justiça comum. O presente trabalho baseia-se sobretudo na observação de audiências e busca verificar de que modo o funcionamento das duas modalidades de juizados reflete essa tensão. A ênfase recai no modo pelo qual os casos são processados e os acordos construídos. Verificou-se que a análise integrada dessas distintas experiências potencializa a compreensão de procedimentos envolvidos nas estratégias de informalização da justiça. Em ambas as esferas, observa-se os resultados dessa tensão: uma justiça minimalista – na qual não há espaço para uma discussão substantiva de direitos –, bem como problemas relacionados à assimetria das partes em disputa.

## Palavras-chave

Juizados Especiais; informalização da justiça; assimetrias; meios alternativos de solução de conflitos; acesso à justiça

## Abstract

The article analyzes experiences of informalization of justice based on an integrated approach of the civil and criminal areas. Established nationally by Law n. 9.099/1995, the Civil and Criminal Special Courts represent a milestone in the introduction of informalizing elements into the judicial spaces in Brazil and contain internally a tension that is the result of the double objective that they self-attribute: on the one hand, the extension of regulation for everyday conflicts; on the other, the reduction the burden of common justice. The present work is based mainly on the observation of audiences and aims to verify how the operation of the two modalities of courts reflect this tension. The emphasis is on how cases are handled and agreements built. It was verified that the integrated analysis of these different experiences enhances the understanding of procedures involved in the justice informalization strategies. In both spheres, one can observe the results of this tension: a minimalist justice – where there is no room for a substantive discussion of rights – as well as problems related to the asymmetry of the disputing parties.

## Keywords

Special Courts; informal justice; asymmetry; alternative dispute resolution; access to justice.

## INTRODUÇÃO

O marco normativo que impulsionou, em escala nacional, as experiências institucionais de informalização da justiça no Brasil foi, sem dúvida, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de 1995 (Lei n. 9.099/1995). Por um lado, essa lei ampliou a competência do antigo Juizado de Pequenas Causas, incluindo novas matérias e passando a considerar como de “menor complexidade” as causas cíveis envolvendo menos de 40 salários mínimos. Por outro, introduziu mecanismos de informalização também na área criminal, estabelecendo novos procedimentos processuais para as chamadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”. Assim, de maneira inédita no país, procedimentos provenientes de domínios jurídicos diferenciados – a justiça cível e a criminal –, foram disciplinados sob uma mesma rubrica legislativa.

Mais do que recuperar e analisar os debates legislativos que tornaram isso possível (tarefa, aliás, a ser incluída na agenda de pesquisas sobre o tema), este trabalho explora – mediante confluências sugeridas, ainda que tacitamente, pela lei – as problemáticas comuns ligadas às práticas de informalização da justiça nas áreas cível e criminal. Do ponto de vista textual, tais confluências limitam-se apenas aos dois artigos iniciais (capítulo das Disposições Gerais) e aos seis últimos (capítulo das Disposições Finais Comuns), em um conjunto de 96 artigos que compõem a lei. No mais, seguindo a tradição de *departamentalizar o saber jurídico* (MACHADO, 2013), não há intersecções ou diálogos previstos entre a jurisdição cível e a jurisdição criminal: reproduzindo uma estrutura de “vasos não comunicantes”, a lei regulamenta os Juizados Especiais Cíveis (JEC) entre os artigos 3º e 59 e, na sequência, indiferente ao conteúdo precedente, dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais (JECRIM), entre os artigos 60 e 92. Cada tipo de juizado conta, assim, com um conjunto de regras, profissionais e aparatos institucionais juridicamente distintos.

Apesar de serem responsáveis por administrar conflitos de natureza jurídica distinta, é possível perceber que as duas modalidades de juizados estão amparadas, ainda assim, em uma matriz principiológica comum: a orientação do processo pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” e a busca, sempre que possível, “a conciliação ou a transação”, conforme anunciado no artigo 2º da lei. Para além dessa identidade, pretendemos demonstrar neste trabalho que Juizados Especiais Cíveis e Criminais são atravessados por problemáticas também comuns cuja análise lança luz sobre potencialidades e limites das políticas voltadas a ampliar o acesso ao Judiciário ancoradas em mecanismos de “informalização da justiça”.

Tomando por base dados colhidos mediante observação de audiências, propomos uma perspectiva analítica integrada sobre procedimentos de gestão de conflitos que, mesmo calcados em modelos de responsabilização diferentes, indicam a existência de um terreno comum de questões. Nas Ciências Sociais, salvo estudos mais localizados, como o de Amorim (2006) sobre juizados no Rio de Janeiro e o de Cardoso de Oliveira (2008) sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Distrito Federal, não se verificam outros que destaquem aspectos comuns ao funcionamento cotidiano desses microssistemas. A nosso ver, uma abordagem

como essa permite identificar a recorrência de fenômenos sociojurídicos em ambas as esferas e detectar, com mais precisão, algo que não se limita apenas às contingências pertinentes a uma ou outra área jurídica, mas, ao contrário, se refere a aspectos estruturais das políticas de informalização do acesso à justiça.

Nesse sentido, convém indicar, de saída, que ambos os juizados comportam duas orientações constitutivas da instituição: ampliar a presença do Estado na intermediação dos conflitos vividos ordinariamente por cidadãos e cidadãs e, ao mesmo tempo, aliviar a sobrecarga de demandas à justiça comum.<sup>1</sup> A primeira dessas orientações corresponde à busca por alargar a esfera de regulação ao alcance do Judiciário e assume contornos específicos conforme a modalidade de juizado: enquanto na vertente cível se consubstancia na intenção de ampliar o acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), na criminal aparece com mais ênfase na expansão do controle judicial sobre a conflituosidade social cotidiana e de baixa periculosidade (COHEN, 1985). A segunda orientação, por sua vez, assume maior destaque a partir das discussões envolvendo reforma do Judiciário que ganham força ao longo da década de 1990 e pode ser igualmente identificada na atual moldura de funcionamento das duas modalidades de juizados: no caso cível, a absorção de parcela da demanda que, do contrário, recairia na justiça comum, teria como finalidade possibilitar a esta última melhores condições para julgar os casos considerados importantes da perspectiva macroeconômica (DAKOLIAS, 1996; WORLD BANK, 2002a; 2002b); já no que tange ao criminal, a orientação estaria sobretudo ligada à desjudicialização (KERCHOVE, 1987; FULLIN, 2015) de conflitos menos graves, o que equivaleria a evitar o processo e o cárcere através da aplicação imediata das medidas alternativas e da consideração, quando possível, dos interesses da vítima.<sup>2</sup>

Partimos da hipótese segundo a qual essa dupla orientação presente em uma política que prevê simultaneamente ampliar o espectro de atuação do Judiciário e reduzir temporalmente sua esfera de incidência – por meio de respostas que privilegiam a agilidade na gestão do fluxo de demandas – gera tensões e paradoxos verificáveis mediante o confronto de práticas cotidianas de informalização nas duas áreas.

...

- 1 Tanto essa como outras tensões são exploradas pela literatura internacional dedicada ao tema da informalização da justiça. Quanto ao objetivo de aliviar a sobrecarga da justiça comum, ver Economides (1980), Abel (1981), Harrington (1985), Selva e Bohm (1987), e Santos, Marques e Pedroso (1996). Sobre a relação entre experiências informalizantes e o favorecimento da intervenção penal, ver Kaminski *et al* (2007) e Cohen (1984). Para um histórico da montagem do juizado brasileiro, ver Vianna *et al.* (1999), Cunha (2008) e Chasin (2013).
- 2 No entender de Kerchove (1987, p. 304), desjudicialização consiste em todo mecanismo tendente a reduzir ou suprimir a intervenção do juiz, seja na aplicação de uma sanção, seja em outras consequências jurídicas. Nos Juizados Especiais Criminais isso pode ser percebido na atuação discreta do juiz em face do protagonismo do promotor.

A principiologia que rege ambas as modalidades de juizados embasa o uso de procedimentos fortemente marcados pela predominância da oralidade. As audiências, calcadas na interação face a face entre operadores jurídicos e cidadãos, são o ponto alto dos procedimentos que caracterizam esses espaços informais de regulação criados pela lei. Por essa razão, a descrição sistemática do modo como evoluem os diálogos travados nesses encontros, bem como a dinâmica das negociações que nelas transcorrem, se mostra imprescindível para a análise que propomos.

Os dados empíricos apresentados neste trabalho foram originalmente coligidos e analisados por ocasião de nossas pesquisas de mestrado (CHASIN, 2013) e doutorado (FULLIN, 2012), nas quais privilegiamos a observação de audiências nas áreas cível e criminal respectivamente. No tocante à esfera cível, a discussão se apoia nas observações de 50 audiências de conciliação realizadas no Juizado Especial Cível – Vergueiro e 37 no Juizado Especial Cível – Poupatempo/Itaquera; 16 audiências de instrução e julgamento em cada uma dessas duas unidades; atendimentos iniciais; e, por fim, sessões de conciliação desenvolvidas sob o âmbito do Projeto Expressinho (que será analisado adiante). Para a esfera penal, privilegiamos o resultado das observações de 108 audiências preliminares, ocorridas em cinco varas criminais do Fórum de São Bernardo do Campo, além de conversas informais com pessoas envolvidas nessas audiências que figuraram como autoras da infração (e que foram reencontradas pela pesquisadora na Central de Penas e Medidas Alternativas do município para onde são encaminhados os destinados ao cumprimento da medida alternativa de prestação de serviços à comunidade).

O modo pelo qual os casos são processados e os acordos construídos explicita o tenso convívio das orientações, revelando uma tendência da instituição: a prioridade conferida ao desafogamento do Judiciário. Se na esfera cível tal tendência praticamente ofusca a intenção proclamada de ampliar o acesso à justiça, na esfera penal ela aparece como mera facilitação da punição. Nesse sentido, tanto um ramo quanto o outro do juizado se caracterizam pela aceleração da prestação jurisdicional e pelo oferecimento de uma justiça minimalista, reduzindo as possibilidades de discussão substantiva de direitos e acentuando as assimetrias entre as partes em disputa.

### 1. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: O ARBITRIO NA PRESSÃO POR ACORDOS

O Juizado Especial Cível (JEC) foi a primeira instituição do Judiciário brasileiro a incorporar, em escala nacional, elementos informalizantes no modo pelo qual os casos são processados.<sup>3</sup> Isso em função de diversos aspectos, entre os quais se destacam a oralidade e a utilização de

...

<sup>3</sup> A competência do JEC se restringe ao processamento de “causas cíveis de menor complexidade”. De acordo com a disposição legal, tal caracterização corresponde a causas cujo valor não exceda a 40 vezes o salário

mecanismos de resolução dos conflitos que envolvem a negociação. A ampliação do acesso é garantida pela gratuidade e pela não obrigatoriedade de contar com representação judicial em ações cujo valor da causa não excedem 20 salários mínimos. Nesses casos, o interessado procura uma unidade do juizado apta a realizar o primeiro atendimento, narra a violação de direitos e, contanto que sua reclamação seja enquadrada como sendo juridicamente pertinente e ele apresente os documentos comprobatórios exigidos, tem seu processo iniciado a partir de uma petição elaborada por um representante da instituição (que pode ser um servidor do Judiciário ou, o que é mais comum, um estagiário).<sup>4</sup>

Com relação a soluções negociadas, seu funcionamento prevê uma etapa processual especialmente dedicada à realização de um acordo. Trata-se da audiência de conciliação, momento no qual, sob a coordenação de um conciliador<sup>5</sup> (que na maior parte das vezes é também um estudante de direito), as partes se encontram com o único intuito de negociarem possível acordo. Quando isso não ocorre, o processo segue até que haja o julgamento. Em qualquer etapa processual, no entanto, é permitido que um acordo seja firmado, sendo que a própria audiência de instrução e julgamento não raro é iniciada com uma nova tentativa (dessa vez conduzida pelo próprio juiz) de se alcançar essa modalidade de solução consensual. Do ponto de vista processual, um acordo representa o encerramento do processo.

Por ser o momento especialmente dedicado a que as partes negociem uma solução, a audiência de conciliação representou um lócus privilegiado pelas nossas pesquisas. Não restringimos a análise a essa etapa processual, no entanto, ampliando o escopo de observação

•••

mínimo: alguns tipos de ações de cobrança de dívida – elencadas no artigo 275, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (e que continuam válidas à luz do Código de Processo Civil de 2015, considerando a previsão do artigo 1.063, que determina que, até que seja editada legislação própria, as causas descritas no referido inciso continuam sendo de competência dos Juizados Especiais Cíveis) –, ações de despejo para uso próprio e ações possessórias sobre bens imóveis cujo valor não exceda aquele limite monetário (Lei n. 9.099/1995, artigo 3º). Estão excluídas da competência da instituição as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, bem como as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos, ao estado e à capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial (artigo 3º, § 2º da referida lei).

- 4 Vale lembrar que – conforme estabelecido no artigo 327 do Código Penal – quem exerce cargo ou função pública deve ser considerado funcionário público. Embora tanto servidores quanto estagiários sejam, portanto, considerados funcionários públicos, são profissionais recrutados de modo distinto e com vínculo de trabalho diferentes.
- 5 Os conciliadores são auxiliares da Justiça que prestam serviço de modo voluntário. A Lei n. 9.099/1995 estabelece que devem ser recrutados preferencialmente entre os bacharéis em Direito, mas não estabelece óbice para que a função seja também exercida por estudantes ou por servidores públicos. Seja como for, há um recrutamento formal e a consequente nomeação pelo juiz competente, conforme a legalidade dos atos administrativos.

também ao início das audiências de instrução e julgamento (quando o juiz tenta novamente encerrar o processo pela via consensual). Nosso foco, portanto, consistiu em destrinchar os sentidos atribuídos ao acordo por parte dos operadores e o modo pelo qual atuam na busca de solução nesses termos.

Na maior parte dos casos observados, o conflito tinha origem numa relação de consumo, vinculando, obrigatoriamente, uma pessoa física (consumidor autor da ação) e uma jurídica (empresa processada), mas também se evidenciaram ações envolvendo duas pessoas físicas, como nos casos de locação ou acidente de trânsito. As empresas de telefonia e os bancos foram as mais frequentemente encontradas no polo passivo, seguidas de planos de saúde, consórcios, seguradoras, condomínios e concessionárias de veículos.

A observação das audiências de conciliação permitiu constatar certo padrão na atuação dos conciliadores: eles já desenvolveram um olhar treinado e conseguem distinguir casos passíveis daqueles no quais isso lhes parece inviável. Esse segundo grupo seria composto por ações envolvendo consumidores lesados e uma grande empresa, tais como bancos e companhias de telefonia. Nesses casos, embora o representante legal da empresa verbalize disposição para negociar, praticamente ele apenas faculta ao autor que aceite termos predefinidos, o que usualmente se restringe a pagamento correspondente ao dano sofrido. Como isso significa, por um lado, a impossibilidade de negociação e, por outro, a imposição ao autor que renuncie a qualquer pretensão de indenização por danos morais, esse tipo de proposta costuma ser negada de pronto e não restam condições, portanto, para que o diálogo prossiga. Nesses casos, as audiências são muito rápidas, não passando de alguns minutos.

Já quando diante de casos em que vislumbram chances de acordo, os conciliadores tendem a se comportar de modo “proativo”. A montagem institucional do juizado lhes confere poder para que conduzam as audiências como quiserem e essa personalização dá margem às atitudes mais diversas. Em comum, no entanto, foi identificada uma série de padrões que os conciliadores utilizam para incentivar a realização de um acordo. Há padrões mais indiretos – que apontam para a demora do trâmite regular do processo, a incerteza da decisão judicial e eventuais custos que podem vir a ser necessários – e outros mais enfáticos. Em ambos os casos, as colocações trazidas pelos conciliadores podem ser marcadas pela arbitrariedade, ou até mesmo pela falácia dos argumentos. O caso narrado abaixo apresenta uma situação que ilustra bem esse tipo de recurso:

**Caso n. 1:** Um rapaz processava uma empresa de crédito representada por seu advogado. Seu nome foi indevidamente enviado ao SPC, pois ele já havia quitado o pagamento de um financiamento de R\$ 648,00 previamente contraído com a empresa. Sua ação demandava a retirada do nome da lista do SPC e o pagamento de indenização por danos morais. O advogado da empresa ofereceu R\$ 1.000,00 como indenização, valor recusado pelo rapaz, que argumentava ter sofrido prejuízos superiores e propunha o pagamento de R\$ 4.500,00. Diante da inflexibilidade da empresa, a conciliadora aconselhou o autor

a aceitar a proposta, afirmando serem raros os casos em que o juiz profere uma decisão determinando o pagamento do teto máximo permitido: “O máximo que o juiz daria seria R\$ 7.000,00, mas é difícil ele chegar a isso [...] às vezes, é melhor um acordo do que uma boa briga”. O autor manteve sua posição e não aceitou a proposta da empresa. O processo seguiu adiante, houve a audiência de instrução e julgamento (sete meses depois), e, finalmente, o juiz decidiu o caso.<sup>6</sup> Na sentença, julgou o pedido procedente – “não há como deixar de se reconhecer o abalo de natureza moral, já que foi reputado mau pagador sem que houvesse justa razão para tanto” – e determinou que a empresa pagasse ao autor da ação uma indenização no valor de R\$ 3.800,00.

Embora o desfecho do caso tenha sido benéfico – dado que o autor resistiu à pressão e obteve resultado mais favorável à proposta da empresa –, é exemplar com relação ao padrão de ameaças realizadas pelos conciliadores. Assim como essa suposição, que atribuía ao julgamento um limite fictício de valores passíveis de serem recebidos, inúmeras outras afirmações são utilizadas pelos conciliadores como instrumento de pressão. Na maior parte das vezes, no entanto, tais advertências são eficazes em dissuadir os reclamantes de seguir com os processos, levando-os a firmarem acordos muitas vezes desfavoráveis.

Nas observações das audiências foi identificado também um outro aspecto, não menos relevante: quanto mais assimétrica a relação entre as partes, maior é a margem para que o conciliador atue de modo arbitrário. Isso tomando como parâmetro uma análise sobre assimetria que se funda sobretudo na posição das partes em disputa,<sup>7</sup> mas que não desconsidera marcadores sociais da diferença, como gênero e raça.

Em uma audiência observada, por exemplo, em que um homem, branco, advogado, proprietário de um imóvel, processava uma mulher, negra, ex-locatária, que não estava representada por advogado e pisava pela primeira vez em uma instituição do sistema de justiça, em função de suposta dívida contraída junto à Sabesp, a atitude do conciliador contribuiu para acirrar a já patente desigualdade entre as partes. Entre as diversas estratégias que adotou para pressionar a parte supostamente devedora a aceitar o ônus da dívida, intimidou-a

...

<sup>6</sup> As informações referentes à decisão não foram adquiridas mediante observação de audiência, mas perante acompanhamento do andamento do processo no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>7</sup> A referência é a tipologia elaborada por Galanter (1974) a partir da diferenciação entre jogadores habituais de participantes eventuais. Por desfrutarem de uma série de vantagens em relação aos segundos – que vão desde o acesso a especialistas (principalmente advogados) e a *expertise* acerca dos processos, passando pela familiaridade com o ambiente judicial e o contato prévio com seus funcionários, até sua capacidade de organização e atuação em *lobbies* no legislativo –, jogadores habituais ocupam posição privilegiada no processamento das disputas.

com a falsa ameaça de que poderia “mandar um oficial de justiça ir à sua casa avaliar seus bens” (o que, obviamente, extrapola poder que pertença a sua alçada).

Outro desdobramento dessa pressão pelo acordo pôde ser verificado no conteúdo abordado durante as audiências de conciliação. As audiências não permitem, em geral, que haja um debate efetivo, por parte dos presentes, acerca dos acontecimentos que deram origem ao conflito. Ao invés de se abordar o que ocorreu, as conversas das audiências limitam-se a negociações de valores monetários. Diversas vezes foi percebido que essa impossibilidade de debater direitos frustrava as expectativas das partes (principalmente do autor da ação), representando uma espécie de censura às suas demandas. Segue a narrativa de uma audiência de instrução e julgamento em que essa limitação ficou evidente:

**Caso n. 2:** Tratava-se de uma ação de cobrança, em que o autor alegava que a requerida, sua ex-locatária, lhe devia o valor de R\$ 1.322,00, correspondente a quatro parcelas de aluguel e a contas de água em atraso. A requerida alegava ter pagado as parcelas de aluguel, mas apresentava recibos ilegíveis. As partes começaram a debater acerca da existência desse pagamento, quando foram interrompidas pelo juiz: “Nós não podemos ficar aqui a tarde inteira discutindo o sexo dos anjos [...] eu preciso que vocês me ajudem, aqui está tudo mal feito [...] não é falar mais alto ou mais baixo que faz a gente ter razão, nós temos que conversar sobre os aspectos jurídicos”. O autor apresentou, então, uma série de notas promissórias, que seriam fruto de acordo extrajudicial e o juiz reagiu dizendo que, com isso, a dívida estava confessada. A partir daí, a requerida – que parecia não ter familiaridade alguma com os termos jurídicos “nota promissória”, “protesto”, “execução” – começou a argumentar sua falta de condições para realizar tais pagamentos, o que também foi considerado pelo juiz um assunto impertinente àquele espaço: “Senhores, não adianta ficar batendo boca, se os senhores vieram ao judiciário é porque querem que os juízes tomem uma decisão”. Quando o irmão da requerida se manifestou voltando ao argumento de que os valores já haviam sido pagos, o juiz novamente respondeu: “Esquece os aluguéis, ela assinou cinco notas promissórias, não tem o que fazer, ou paga ou vai a protesto [...] ninguém está dizendo que a vida de vocês é fácil, mas vocês devem e têm que pagar [...]. Tempo aqui é dinheiro, você não vê que tem um monte de gente esperando? Tem acordo ou não?”. Diante da resistência por parte da requerida e sua família, o juiz sugeriu ao autor: “Senhor, a dívida do aluguel está nas promissórias, o senhor vai ao cartório e diz que quer protestar, ela vai ficar com o nome sujo para o resto da vida, ela vai ficar dependendo de você”.

Nesse caso, a requerida não encontrou na audiência condições para que pudesse explorar minimamente seus argumentos. Não pôde apresentar sua versão dos fatos ou mesmo contra-argumentar o que dizia o autor. As interrupções do juiz, ao impedir que tal debate acontecesse, revelaram nitidamente tal oposição: qualquer discussão de direitos seria considerada

inútil (tal como o “sexo dos anjos” e, portanto, uma perda de tempo: “tempo é dinheiro”), sendo que o importante eram as soluções “práticas” (conversas sobre “aspectos jurídicos”) capazes de levar à extinção do caso. Para além da restrição à negociação de valores monetários, a audiência descrita nesse caso permite entrever outro padrão verificável na rotina da instituição: o acionamento arbitrário ora de procedimentos típicos da justiça formal, ora de mecanismos informalizantes, para justificar decisões impostas pelos operadores – estagiários, funcionários, conciliadores ou juizes –, geralmente em prol do polo mais poderoso entre as partes. Nesse caso, o juiz não só confere valor de prova às notas promissórias, como instrui o autor a acionar outros recursos formais a fim de fazer sua posição ampliando seu poder de barganha frente à parte requerida.

## 2. O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: SACRIFÍCIO DA PROVA PARA PUNIR NA INFORMALIDADE

No que concerne ao âmbito de atuação do Juizado Especial Criminal (JECRIM), a Lei n. 9.099/1995 estabelece para as infrações de “menor potencial ofensivo” – entendidas a partir de 2001 como aquelas cuja pena não é superior a dois anos de prisão –,<sup>8</sup> quando o suspeito da autoria tem bons antecedentes, a adoção de um procedimento mais flexível e simplificado, que não culmine em prisão, mas em modalidades alternativas de sanção (tais como a prestação de serviços à comunidade e penas de caráter monetário em favor de entidades assistenciais), incluindo-se ainda a possibilidade de reparação de danos à suposta vítima. O procedimento evitaria o processo e consiste na oferta de um acordo pelo promotor àquele que segundo um breve relato policial (termo circunstanciado), teria cometido uma infração de pequeno potencial ofensivo. Por intermédio deste acordo, juridicamente chamado de “transação penal”, é oferecida ao suspeito a oportunidade de evitar o processo desde que ele aceite a versão policial dos fatos, abrindo mão da produção de provas e assumindo o compromisso de cumprir uma “medida alternativa”. Trata-se de uma negociação na qual não é declarada categoricamente a responsabilidade pelo cometimento da infração. A partir de indícios de autoria e materialidade de sua ocorrência, a possibilidade de denúncia fica em suspenso até que o suspeito cumpra a medida acatada. Trata-se de uma barganha, respaldada em um breve registro da ocorrência – cujos termos são estabelecidos pelo promotor –, chancelada pelo juiz e que deve obrigatoriamente acontecer na presença do advogado ou defensor público que represente suspeito.

•••

8 A Lei n. 9.099/1995 definiu como infração de menor potencial ofensivo contravenções penais e crimes cuja lei cominasse pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos que a lei previsse procedimento especial. Em 2001, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais (Lei n. 10.259) alterou expressamente essa definição, que passou a abranger os crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a 2 (dois) anos, bem como aqueles apenados alternativamente com multa.

Das 108 audiências de transação penal observadas, 94 abordavam conflitos “contra a justiça pública”, ou seja, delitos, como infrações de trânsito, pequenos crimes ambientais (por exemplo, pichação, corte ilegal de árvores, criação de animais sem autorização legal), porte de drogas para consumo próprio, entre outros. Nas audiências relativas a tais infrações não há a polaridade entre vítima e agressor. O promotor atua em nome do interesse público violado contra o suspeito de tê-la cometido.

Nesses termos, as audiências preliminares consistiram predominantemente em momentos de diálogo apressado – entre promotor, suspeito e defensor público – a respeito da medida alternativa a ser aceita para evitar o processo. Não se trata de mediação de conflitos entre duas ou mais pessoas. A observação do desenrolar desses casos nos permitiu verificar como a assimetria entre as partes favorece o aceite imediato da transação penal, evitando-se o seguimento do processo e, ao mesmo tempo, garantindo punição.

O primeiro aspecto destacado pela observação de tais audiências foi a ausência do agente policial que testemunhou a infração e a registrou, dando margem ao termo circunstanciado. Prevalece a ideia de que sua atuação tem “fé pública” e, portanto, não haveria o que se questionar acerca do que foi registrado no termo circunstanciado. Raramente os promotores contraditam essa versão, o que impõe um caráter instantâneo às audiências, cuja duração, em geral, não passa de alguns minutos.

A situação de flagrância envolvendo o testemunho de um agente público também implica a quase ausência de desfechos em arquivamento. Afinal, a opção pelo arquivamento neste contexto pode significar o questionamento da versão policial dos fatos, colocando em xeque a atuação de um agente responsável pela manutenção da ordem pública. Estabelece-se então nas audiências uma espécie de pacto institucional – entre a polícia, o promotor e o juiz – que favorece a versão dos fatos registrada, sem contraditório, no termo circunstanciado. Do que foi registrado pela polícia não se duvida, e a quase ausência de arquivamentos em casos de flagrante parece confirmar esse argumento.<sup>9</sup>

Diante dessa situação, cabe aos defensores públicos apenas negociar os termos da transação penal, seja em favor da redução temporal do trabalho comunitário proposto pelo promotor, de substituição deste por prestação pecuniária ou mesmo do maior parcelamento da pecúnia a ser paga, caso essa tenha sido a proposta inicial de medida alternativa. A atuação

...

9 Foram observadas situações de arquivamento de conflitos em casos contra a justiça pública somente em duas audiências que tratavam da infração de “falsa comunicação de crime” – artigo 340 do Código Penal. Em ambas as situações o promotor foi convencido pelo argumento de, respectivamente, um competente advogado e um “autor da infração” de fala bem articulada sobre o mal-entendido com a polícia. Os dois casos diziam respeito à falsa comunicação de furto de veículo, um tipo de crime que não envolve uma situação de flagrante e, portanto, permite fugir da força probatória presente na testemunha ocular da polícia.

desses operadores segue o sentido de tornar a medida proposta menos lesiva ao suspeito sem necessariamente contraditá-la, convergindo com o objetivo geral de evitar o processo.<sup>10</sup>

Se o flagrante de um agente policial dotado de fé pública cria um cenário desfavorável a negociações em direção ao arquivamento, nem por isso o suspeito deixa de questionar a tácita atribuição de culpa que lhe é dirigida. Foi o que observamos na situação descrita a seguir, envolvendo desacato à autoridade policial:

**Caso n. 3:** Um homem por volta de 60 anos entra na sala de audiências com ar de cordialidade e se senta diante do promotor. Este o cumprimenta, não recapitula em detalhes o acontecido e apenas lhe informa que em determinada data “teria cometido o crime de desacato”. E prossegue: “Para evitar que o senhor seja réu em processo vou lhe fazer uma proposta. Se o senhor aceitar, não está admitindo culpa. A única restrição é a de não poder ter outra proposta desta em menos de cinco anos. O senhor paga uma multa para não ter processo. Aceita esse benefício?”. O homem, que mudara de feição conforme ouvia o promotor, responde: “Mas quem foi agredido fui eu!”. Eleva os braços e diz: “Tá vendo essas marcas no meu pulso, foram as algemas”. A defensora pública sentada ao seu lado aconselha-o calmamente: “Se o senhor quiser se submeter a processo vai ter que provar o que está dizendo... Ser réu em processo é muito pesado”. Inconformado, ele pergunta: “Como eu pago isso?”. O promotor apresenta a proposta: “Um salário ou três meses de oito horas semanais de serviço comunitário”. O homem silencia, parece estar na dúvida e inconformado. A defensora pública o aconselha: “O senhor faz esse acordo para evitar processo”. Ele então questiona: “Mas e se eu for inocente?”, ao que ela responde: “Pode ser, mas o senhor corre o risco de sofrer uma condenação”, e acrescenta: “Às vezes a justiça erra...”. A defensora é bruscamente interrompida pela juíza, que nervosamente intervém: “Não é que a justiça erra! É que as provas mobilizadas no processo podem lhe ser desfavoráveis. E se ficar provado que o senhor agiu, o senhor vai ser condenado. Então o senhor pense bem!”. Ele afirma não ter tempo de prestar serviço comunitário em função de seus horários de trabalho e o silêncio se instala por alguns segundos. O promotor e o juiz parecem impacientes com sua indecisão. O promotor, ríspido, interrompe o silêncio: “O senhor vai aceitar ou não?”. O homem recoloca a questão de sua inocência e o promotor em tom duro reage: “Aqui a gente não vai discutir isso! O senhor aproveita e fala para o seu filho não passar em sinal vermelho e fugir em perseguição!”. O homem então prontamente decide: “Eu pago onde?”. O promotor recomenda: “O senhor vai fazer o pagamento e trazer o comprovante no cartório”. A defensora reforça a explicação calmamente, enquanto

...

<sup>10</sup> A propósito da atuação dos defensores públicos e o modo como interpretam seu papel nas audiências preliminares, ver Fullin (2012).

os presentes assinam o termo da audiência apresentado pela escrevente. O homem assina, agradece e sai.

A transação penal é aludida como um benefício a evitar os males do processo. Entretanto, trata-se de procedimento no qual um agente do Estado figura do outro lado, o que torna a recusa da proposta mais ameaçadora. Essa eventual recusa poderia levar a uma disputa desigual, na qual as possibilidades de contraditar são remotas, pois exigem do suspeito o ônus de produzir provas contra alguém que, de saída, goza de maior credibilidade perante as autoridades públicas, isto é, o agente policial. Entretanto, o suspeito somente convenceu-se da “disparidade de armas” de um eventual processo contra o policial quando o promotor lhe fez lembrar que o episódio envolvendo o desacato associava-se ao flagrante de desobediência à lei cometida por seu filho, que conduzia o veículo – como pudemos observar na leitura do processo – ao seu lado. Ao mencionar o deslize cometido pelo filho, o promotor tratou de esclarecer ao suspeito que um processo envolvia um conjunto complexo de situações que lhe seriam altamente desfavoráveis e poderiam também atingir seu filho. Entendendo de súbito a mensagem do promotor, o homem então se resigna ao cumprimento da medida alternativa.

Com exceção de situações como essa, que envolvem desacato contraditado pelo autor (nas quais estão em questão muitas vezes uma agressão moral), as audiências relativas a ações que correm contra a justiça pública e a respeito de questões que poderíamos nomear de ilegalidades urbanas – tais como embriaguez ao volante, condução de veículo sem habilitação, pichação, manutenção ilegal de viveiro de pássaros, consumo de maconha –, flagradas sob a testemunha ocular da autoridade pública, desenrolam-se, não raro, em um piscar de olhos. A troca proposta tende a ser automaticamente aceita e em geral o autor do fato entra na audiência determinado a acatá-la “para livrar-se logo disso”, como declaram alguns deles. Entre a oportunidade de obter a conclusão quase que imediata do “problema com a justiça” e o seu prolongamento rumo a um destino incerto, tal como em uma “loteria” (conforme reiteradamente enfatiza um dos promotores), é evidente a predileção pela primeira. São situações nas quais em geral não há resistência ao aceite, pois a força repressiva do Estado já foi sentida na abordagem policial em circunstâncias nada afáveis.<sup>11</sup>

Por isso, boa parte da conversa entre o promotor e o suspeito gira em torno de ajustes que garantam o cumprimento da punição. Parcelamentos da prestação pecuniária, possibilidades de prestação de serviço à comunidade (quando o suspeito alega não ter condições econômicas de pagar a quantia determinada), são, enfim, os assuntos que predominam nas audiências preliminares observadas. O que se negocia, portanto, são as condições que assegurem ao promotor o efetivo cumprimento da punição. Trata-se de criar, no ambiente da audiência, as

•••

11 Isso foi constatado em conversas informais travadas com alguns dos suspeitos.

condições para que o consentimento e o compromisso com relação ao cumprimento da pena sejam assumidos com segurança pelo suspeito.

De maneira análoga ao demonstrado nos Juizados Especiais Cíveis, a pressão para o aceite de uma proposta unilateral esvazia as possibilidades em torno de discussões de mérito dos casos. Afinal, aceitar a transação significa para o suspeito abrir mão da possibilidade de prolongar o diálogo com o promotor e sobretudo provar a sua versão dos fatos. Se nos Juizados Cíveis em geral é a parte autora que se ressentente dessa impossibilidade, no Criminal, a partir das audiências observadas, foram os que figuram como suspeitos os mais afetados por essa dinâmica.

A esse respeito, transcrevemos a interpretação formulada por uma jovem em entrevista concedida na Central de Penas e Medidas Alternativas de São Bernardo do Campo dias depois de sua audiência preliminar, quando aceitou a medida de prestação de serviço à comunidade:

Por um lado, foi benéfico, poderia ter dado uma coisa pior. Mas, por outro, foi uma punição. Não me ouviram, não tive a chance de dizer o que aconteceu, não sei o que pensaram de mim: se sou uma pessoa que bebe ou alguém que merece uma segunda chance. Não vejo a relação entre o que fiz e isso aqui. Vejo como pena pelo descaso. Achei que fosse entrar em uma sala com pessoas assistindo, que nem em filme americano, e não foi nada disso: meu advogado me orientou a aceitar o que me oferecessem, o promotor mal olhou para o meu caso e estabeleceu a pena.

O procedimento, mais do que o desfecho, amplificou seu desagrado em relação ao que se passou na audiência. Mesmo diante do reconhecimento da responsabilidade pela ocorrência da infração, a intenção de argumentar em favor de si é também uma demanda de acesso à justiça (CONLEY e O'BARR, 1988) que não é contemplada no modo como são encaminhados os casos, prevalecendo o foco na gestão acelerada do fluxo das audiências.

Essa percepção tende a ser agravada sobretudo em situações como a descrita anteriormente, na qual o suposto autor do fato pretende contraditar e é demovido sob o argumento da promotoria de que ele não é culpado, restando-lhe somente decidir se aceita, ou não, uma proposta que se apresenta praticamente como uma punição. A esse respeito manifestou-se outro suspeito também dias depois de sua audiência na Central de Penas e Medidas Alternativas:

Como você viu, eu disse “a linha de raciocínio de vocês é muito elevada! O senhor (referindo-se ao promotor) está dizendo que eu não tenho culpa e quer me penalizar com multa ou trabalho. Se eu não tenho culpa como é que vocês estão me penalizando?”. Isso me deixou muito indignado. O promotor sequer leu. Se ele tivesse lido e me condenado, eu estaria menos indignado porque aí estaria pagando por um erro que cometi. É como se eles dissessem: “a gente precisa fechar isso de alguma forma, precisamos fechar o sistema, então vamos punir você; a gente precisa pagar nosso trabalho, então você paga dois salários mínimos (referindo-se a uma das propostas que havia sido ofertada pelo promotor)”.

Culpa, verdade e prova são remetidas às formalidades do processo: é somente nele que se produzem informações por meio das quais se apura a verdade e a responsabilidade da infração. A audiência – território de informalidade – presentifica a dúvida apenas em relação à versão do suspeito. Ela não será sanada ali. Como dizem os promotores aos suspeitos recalcitrantes: “não é o momento de examinar o mérito da questão”.

### 3. NAS BRECHAS DA INFORMALIDADE

Considerando o modo pelo qual são firmadas as soluções consensuais nas duas modalidades do juizado, a análise desenvolvida até aqui explicitou dois traços comuns: a pressão exercida pelos operadores – especialmente marcantes nos casos em que as partes estão em posições assimétricas – e os constrangimentos colocados para evitar qualquer discussão de mérito envolvendo o conflito. Esses dois traços, por si, desvelam convergências importantes no que se refere ao padrão de funcionamento desses ramos da instituição. Contudo, os paralelos não param por aí. A análise do projeto Expressinho – voltada à solução pré-judicial de certos conflitos – sugere novas aproximações não imediatamente visíveis que permitem aprofundar a abordagem integrada.

Situado apenas no prédio do JEC – Vergueiro, o “Projeto de Atendimento Diferenciado Expressinho”<sup>12</sup> tinha por objetivo a resolução de conflitos envolvendo um grupo específico de empresas – entre as quais Eletropaulo (então responsável por cerca 60% das reclamações observadas), Telefônica (25%) e Sabesp (10%) – antes que a demanda fosse efetivamente judicializada. Realizadas nas próprias dependências do juizado, as sessões de conciliação eram coordenadas pelos mesmos estagiários que presidiam as audiências do rito comum. Para além do respaldo material, os acordos firmados se revestiam, inevitavelmente, com a chancela simbólica do sistema de justiça.

Três condições eram impostas aos reclamantes que procuravam os juzizados para que pudessem participar do Expressinho: estar desassistido de advogado, não solicitar pedido liminar e renunciar a qualquer pedido de indenização por danos morais. Em compensação, era-lhes permitido participar da sessão de conciliação dentro de um prazo de 30 dias.<sup>13</sup> A observação das sessões constatou a mesma personalização já notada nas audiências de conciliação. A depender da margem de arbítrio que tais operadores dispunham, alguns expressavam opiniões

...

12 Embora tenha sofrido modificações, o projeto continua existindo – agora como “Expressinho Digital” – e é apresentado como uma iniciativa bem-sucedida de administração da justiça. Em função disso e considerando que o projeto não mais se constitui como um braço institucional do Judiciário, nos referimos aqui à conformação inicial dessa experiência.

13 À época de realização da pesquisa, o tempo médio entre o início da ação judicial e a realização da primeira audiência era de 136 dias na unidade da Vergueiro e de 120 dias na unidade do Poupatempo/Itaquera.

ou se comportavam de acordo com a representação que tem do papel do juiz, outros eram mais discretos ou tinham até preocupações didáticas com a oferta de informações às partes.

O número de acordos era relativamente alto: no início de 2006, foi superior a cerca de 80% por mês. No caso da Eletropaulo, empresa responsável pelo maior número de reclamações, foi possível supor que essa proporção fosse ainda maior, dado que, durante a pesquisa de campo que realizamos junto ao JEC – Vergueiro, não se verificou nenhuma ação em que essa empresa figurasse no polo passivo. Ou seja, todas as queixas direcionadas à Eletropaulo tinham sido absorvidas pelo Expressinho.

As reclamações tinham o mesmo objeto: redução ou parcelamento de dívidas. Os casos se diferenciavam apenas em função da origem dessa dívida, que poderia ter sido contraída por consumo ou em função de uma ligação clandestina de energia elétrica. No primeiro caso, a negociação realizada durante a sessão de conciliação invariavelmente se centrava nas condições de pagamento da dívida, sem que a empresa propusesse redução do valor devido. Já os conflitos atinentes a ligações clandestinas envolviam pedido de revisão do valor (muitas vezes inflacionados por altas multas). Nesses casos, a dívida estava previamente documentada em um Termo de Ocorrência de Irregularidade, documento emitido pela Eletropaulo descrevendo a ligação e que havia sido assinado pelo reclamante como condição imposta pela empresa para restabelecer o serviço. A proposta de redução do valor usualmente apresentada pela reclamada, nesses casos, significava apenas abatimento referente às multas exorbitantes. As partes, portanto, discutiam apenas as condições de pagamento, não entrando – tampouco aqui – no mérito da questão. O caso descrito a seguir explicita o conjunto de constrangimentos extrajudiciais que recaíam sobre os consumidores nessas sessões de negociação:

**Caso n. 4:** Sessão de conciliação em que uma mulher demandava da Eletropaulo novo cálculo e parcelamento de dívida no valor de R\$ 8.382,70, bem como religamento da energia do imóvel (cortada há quatro anos). O valor da dívida tinha duas origens: R\$ 3.483,18, referente a contas de consumo atrasadas, e R\$ 4.899,53, proveniente de ligação irregular de energia. No início da sessão a reclamante tentou explicar que a dívida havia sido contraída por uma família que morou na sua casa em período que estivera fora de São Paulo, mas foi rapidamente interrompida pelo representante da empresa, que, desconsiderando sua argumentação, propôs um acordo envolvendo o desmembramento da dívida. O primeiro valor seria mantido, mas com a possibilidade de parcelas fixadas em sessenta vezes, enquanto o segundo contaria com 50% de redução, devendo ser pago em trinta parcelas. O valor total ficaria em R\$ 5.947,25. “Misericórdia, é muita coisa para pagar!”, reagiu a reclamante. Ao ser prontamente lembrada pelo representante que essa “negociação” era condição para o restabelecimento do serviço de energia, no entanto, ela aceitou a proposta, indicando o dia do mês para o vencimento das parcelas. Enquanto a conciliadora aprontava as formalidades, o preposto da empresa quis saber se a reclamante

conhecia as pessoas que haviam morado em sua casa. A resposta foi afirmativa: “Sim, são meus parentes”. “Parente é igual paisagem, quanto mais longe mais bonito”, comentou o representante. A conciliadora apresentou os termos do acordo, que determinava o religamento da energia em 48 horas e impunha as condições de pagamento, estabelecendo sanções para eventual descumprimento: “O não pagamento de qualquer uma das parcelas implicará vencimento antecipado das demais e multa de 10% no valor total do débito. Em caso de descumprimento do presente acordo, o juízo da execução arbitrará multa”.

Assim como observado nas audiências dos juzizados, aqui também não é dada oportunidade para discussão de direitos. A argumentação inicial da reclamante foi desconsiderada em detrimento de uma negociação envolvendo apenas valores e forma de pagamento. O interesse demonstrado pelo representante da empresa pelos fatos ocorreu apenas após a reclamante aceitar a proposta trazida por ele, não tendo, portanto, relação alguma com os termos do acordo.

Não obstante, o modo pelo qual as condições da empresa foram acatadas se assemelha, em muito, ao verificado nas transações penais. Embora figurando no polo ativo, também aqui a parte que está em posição inferior (a devedora) aceita os termos da negociação que lhe é “proposta” – e que correspondem, de fato, a uma espécie de sanção –, porque é a opção que lhe representa menor dano. Sem firmar esse “acordo” (contendo o compromisso do pagamento da dívida), o serviço de energia elétrica continuará interrompido. Assim como ocorre na transação penal – na qual não há responsabilização explícita (porque não há provas suficientes) –, tampouco aqui importa discutir se o consumidor é ou não, de fato, responsável pela dívida. Em função de constrangimentos extrajudiciais, ele aceita o ônus do pagamento da dívida, simplesmente para que sua necessidade mais urgente pudesse ser aplacada mediante o restabelecimento da eletricidade.

Outro paralelo ainda pode ser traçado entre as dinâmicas de negociação verificadas nas sessões do Expressinho e nas audiências de transação penal: as regras do jogo construídas nas brechas da informalidade favorecem, de saída, o desfecho mais benéfico à parte que se encontra em posição de maior vantagem. Embora inseridas nos marcos de uma instituição que pretende ampliar o acesso à justiça, acelerando e simplificando a resposta às demandas de cidadãos comuns, as sessões do Expressinho atendem mais aos interesses das empresas que o dos consumidores (hipossuficientes). O Termo de Ocorrência de Irregularidade desempenha aqui uma função similar ao que se observou no tocante à dinâmica de transação penal. Se neste último caso o termo de infração redigido pela autoridade policial tem o condão de converter simbolicamente a usual presunção de inocência em culpabilidade, o documento emitido pelo funcionário da Eletropaulo, do ponto de vista material, implicaria uma espécie de inversão de papéis e até do ônus da prova: embora os reclamantes figurassem oficialmente como autores dos procedimentos, quem estava cobrando valores, de fato, era a empresa.

No caso das audiências preliminares de JECRIM, dinâmica assemelhada pôde ser constatada sobretudo em casos envolvendo danos materiais à vítima. A Lei n. 9.099/1995 possibilita

que na audiência preliminar um acordo de reparação material seja feito pelo suposto autor da infração em favor da vítima. A mesma lei não define qual tipo de prejuízo pode motivar este acordo, se material ou moral (como seria o caso da ofensa à honra por um xingamento); tampouco estabelece o tipo de compensação passível de ser negociado para tal, se material ou simbólico (uma ação ou um gesto em favor da vítima, por exemplo). Tal norma apenas nomeia esse acordo como de “composição dos danos”, limitando seu uso aos conflitos relacionados às infrações em que a vítima deve autorizar o promotor a prosseguir na contenda judicial, bem como aos conflitos envolvendo infrações nas quais cabe somente à vítima manifestar interesse em litigar.<sup>14</sup> É possível entender, portanto, que a composição de danos pode ocorrer em conflitos interpessoais em que tenha havido um prejuízo material evidente – tal como nas lesões corporais causadas em acidentes de trânsito, por exemplo –, mas pode também se dar em agressões físicas ou verbais que tenham causado qualquer tipo de prejuízo à vítima.

Nas poucas audiências em que se aventou um prejuízo material causado por suposta infração, foi tímida a menção e o recurso à composição de danos. Pouco comprometidos com a prática conciliadora – mais próxima da justiça cível do que da justiça penal – e envolvidos com a celeridade de audiências previstas para acontecer em série, boa parte dos juízes não se disponibiliza a estabelecer negociações mais horizontalizadas, pois exigiria a tradução de valores morais – envolvendo ofensas verbais e mesmo lesões corporais sofridas – em materiais, tarefa que pode demandar um longo e denso diálogo entre as partes, o que, por sua vez, seria ainda mais difícil sobretudo quando estas não vieram preparadas para isso. Em algumas varas verificou-se por parte do promotor, e mesmo do juiz, a preocupação em sanar o dano material já na audiência preliminar, mas a tendência geral é a de privilegiar a transação penal e, com isso, deslocar a possibilidade de composição de danos para a alçada do Juizado Especial Cível. Nessa direção, desenrolou-se a audiência a seguir:

**Caso n. 5:** Na sala de audiências acontece a penúltima das dezesseis previstas para a tarde. A juíza e a escrevente interna mantêm-se em seus postos juntamente com a promotora aguardando o próximo caso. Um rapaz de aparência simples é introduzido pela escrevente externa que confirma a ausência do autor. O caso envolve lesão corporal em um acidente de trânsito que vitimou uma criança e é seu pai quem comparece à audiência. Desta vez a defensora não entra na sala e a conversa se inicia com a explicação da promotora: “Aqui nós resolveremos [a questão] com relação à lesão. Com relação aos prejuízos, aí tem que entrar com ação cível, porque o promotor não tem nada a ver. O senhor tem interesse?”. O pai em tom pacífico diz que sim e justifica-se: “É pela saúde dele, a questão não é pessoal,

14 É o que se depreende da leitura dos artigos 74 a 76 da Lei n. 9.099/1995.

não é nada, mas como pai não sei como é que funciona...” A promotora explica novamente: “Se o senhor quiser cobrar no cível o prejuízo que teve com medicação, o senhor pode, mas aqui ele vai direto para a transação, ele vai pagar uma multa”. O pai quer se explicar: “Eles ajudaram no começo e depois não mais e o menino precisa de remédio para convulsão”. A promotora torna a explicar, sem mudar muito as palavras: “A gente vai fazer a parte criminal e a parte de ressarcimento o senhor entra no Juizado Cível, aqui é criminal”. Ele busca orientação: “Aí eu levo advogado? Não tenho particular, pego o público?”. Ela responde afirmativamente e a juíza completa a orientação: “A defensoria fica ali no corredor”. Buscando certificar-se dos procedimentos que deve tomar, ele questiona: “Então, a partir desse momento eu posso procurar o advogado para conversar a esse respeito?”. É a escrevente interna que, enquanto estende-lhe o termo da audiência para a assinatura, responde: “O senhor passa na sala 16 e pergunta sobre a defensoria cível”. Ele assina, agradece e sai.

Certamente a ausência do suposto autor do fato impediu a formulação de um acordo para reparar materialmente a suposta vítima. No entanto, ao invés do agendamento de um novo encontro para a negociação entre as partes, foram favorecidos os interesses da promotoria. Perguntado sobre seu interesse em resolver a “questão da lesão” contra seu filho já naquela audiência e sem domínio mínimo dos procedimentos, o pai da vítima consente com o encaminhamento que lhe foi apresentado. A partir de então, a promotoria está habilitada a propor a transação penal em nova audiência na qual o autor do suposto fato compareça. Uma vez que o principal interesse da vítima (o ressarcimento material) foi retirado da pauta, a audiência pode girar em torno do que torna possível a sanção do suposto autor do fato.<sup>15</sup>

Como esclarece a promotora, a transação penal não elimina a possibilidade de recorrer à justiça cível para pleitear o ressarcimento dos danos materiais e morais. Entretanto, ao secundarizar a etapa da composição de danos, a promotora fragiliza o interesse da vítima, mais preocupada com o reembolso de valores monetários do que na transação penal. A transferência da questão material para a justiça cível constrange o pai da vítima a reiniciar seu “períple” judicial noutra instituição judiciária a fim de obter reparação monetária. Nesse aspecto,

...

15 O relativo desinteresse nos procedimentos de JECRIM voltados à composição de danos também foi observado por uma pesquisa pioneira realizada em Porto Alegre por Azevedo (2001, p. 193): “A busca de produtividade leva a uma tendência de redução dos esforços do juiz no sentido da conciliação, que exigiria o esclarecimento das partes e a abertura de espaço para a expressão da vítima e do autor do fato”. Anos mais tarde, Oliveira (2006) notou tendência semelhante na mesma instituição em Campinas. Mais recentemente, em 2015, o mesmo fenômeno foi verificado em JECRIMS de diferentes regiões do país, tal como demonstrado na pesquisa “A aplicação de penas e medidas alternativas” (IPEA, 2015, p. 82).

predomina o interesse gestor e punitivo de determinados promotores: a sanção do suposto autor do fato e não a restituição material à vítima.

Para além de tornar precário o direito reconstitutivo da vítima, esse mecanismo abre margem para uma sobrepena infligida ao autor da infração. Tal como no caso relatado, o desdobramento do conflito em duas dimensões, penal e cível, constrange o autor do fato tanto à sanção pela medida alternativa proveniente da transação penal quanto à sanção reparatória encaminhada pela vítima junto à justiça cível. Com essa prática, em vez de substituir a transação penal pela negociação em torno da composição de danos – tal como a lei prevê –, esta última é deslocada para outra esfera de atuação judicial, replicando a punição. Quanto ao promotor, de um só golpe, multiplica o conflito por duas partes, apropria-se daquele que considera ser de sua competência – resolvendo-o à sua maneira (isto é, punindo o autor) – e, em seguida, submete a vítima (agora sobrepenada) a um novo périplo judicial na esfera cível com vistas a obter o que realmente lhe interessa: a reparação material.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida neste texto revelou que a maior parte dos casos que chegam ao juizado envolve, por um lado, um jogador habitual e, por outro, um participante eventual. Na modalidade cível esse jogador costuma ser uma empresa recorrentemente processada, enquanto na vertente criminal é o próprio promotor de justiça. Embora sejam de diferentes naturezas e ocupem polos opostos da disputa judicial, tanto um quanto o outro são capazes de usufruir das vantagens desfrutadas por qualquer jogador habitual ante um participante eventual.<sup>16</sup>

Outro ponto comum destacado no funcionamento das duas modalidades de juizado se refere ao conteúdo das discussões. Tanto nas audiências do JECRIM quanto nas sessões pre-processuais e nas audiências de conciliação do JEC não se permite que as partes discutam sobre o conflito. Trata-se de instâncias voltadas à negociação de algo (um pagamento ou uma sanção), não à apreciação dos fatos. Prioriza-se a “negociação de valores” em detrimento da “discussão de direitos”.<sup>17</sup> Essa restrição também é especialmente prejudicial às partes mais fracas – o suposto autor da infração no JECRIM, o autor no JEC e o reclamante no

...

<sup>16</sup> As características próprias do aparato institucional do juizado também contribuem para a distribuição desigual de justiça. Nesse sentido, Galanter (1974) se refere especialmente a duas que, em geral, operam para reforçar essa posição de vantagem: a passividade e a sobrecarga. As limitações impostas pela passividade foram especialmente percebidas no JECRIM, onde o suspeito aceita a transação penal justamente em função de sua dificuldade de produzir provas. Já a sobrecarga aparece nas duas modalidades de juizados e tem consequências principalmente a partir das pressões impostas sobre a parte mais fraca para que aceite os termos de soluções negociadas.

<sup>17</sup> Tal oposição foi inspirada nas formulações de Luis Roberto Cardoso de Oliveira (1989).

Expressinho –, o que contribui para reforçar ainda mais a já assimétrica relação entre os polos do conflito.

Tal negociação de valores tem como objetivo a alternativa consensual ao processo, seja esta o acordo (típico da esfera cível) ou a transação penal (típica da alçada criminal). Não é possível deixar de relacionar tal disposição com as restrições estruturais dos juizados. Um acordo corresponde ao encerramento da ação reguladora do Estado sobre o conflito, contribuindo para o almejado desafogamento institucional. Não por acaso, circula entre os conciliadores a valorização informal desse tipo de solução: obter um acordo é algo prestigioso e, muitas vezes, até ostentado por esses operadores.

O modo pelo qual as ações são processadas e os acordos construídos revelam, assim, uma tendência institucional em se priorizar o alívio da sobrecarga do Judiciário em detrimento da resolução efetiva dos conflitos. Tal verificação sinaliza um distanciamento por parte do juizado com relação a um de seus objetivos originalmente proclamados, qual seja, a ampliação do acesso à justiça.

De uma perspectiva mais ampla, esse direcionamento acompanha uma tendência geral verificada em outros contextos nacionais, tais como os Estados Unidos. Trata-se de um distanciamento que ocorre especialmente a partir de meados dos anos 1990, entre a preocupação com acesso à justiça e o movimento pelos meios alternativos de solução de conflitos, fenômenos que até então compartilhavam aspirações comuns (GALANTER, 2015).

No quadro norte-americano, ambos os fenômenos tiveram origem em um mesmo contexto: a “expansão de direitos” verificada entre o final da Segunda Guerra e o início dos anos 1970: “uma era cheia de esperanças, que viu o triunfo dos movimentos pelos direitos civis, a proliferação da advocacia de interesse público e de muitas iniciativas para o acesso à justiça” (GALANTER, 2018). Essa sintonia, no entanto, foi sendo rompida na medida em que os meios alternativos foram sendo adotados por atores corporativos e, com isso, se distanciando cada vez mais de qualquer pretensão de ampliar o acesso à justiça.

Nesse sentido, a adoção pelo Judiciário de “foros anexos” – o que significa a incorporação de experiências “alternativas” dentro do próprio sistema oficial – representa um marco nessa ruptura. A adoção de práticas com esse perfil aparecia como uma forma de reduzir o crescente número de processos e retirar do Judiciário formal casos considerados não merecedores de atenção (GALANTER, 2015, p. 42). Sendo assim, significavam uma ruptura com qualquer preocupação de ampliação de “acesso” no sentido da busca efetiva pelo reconhecimento de direitos.

Ao longo deste texto, notamos uma série de elementos típicos dessa tendência se confirmar no cotidiano das práticas relacionadas à informalização da justiça. Os casos e as descrições apresentados iluminam os efeitos concretos que orientações externas impõem ao funcionamento dos juizados, tanto na área cível quanto criminal. No caso do Expressinho – projeto que se encaixa perfeitamente na descrição de Galanter (2015) do que seria um “foro anexo” – tal tendência fica ainda mais evidente. Por um lado, trata-se de uma iniciativa que

claramente beneficia empresas em detrimento de consumidores. Por outro, ao buscar a solução preprozessual dos conflitos, evita o início de uma nova ação judicial, contribuindo, assim, para desafogamento do sistema. Sua estrutura – ainda mais simplificada, acelerada e precária que as do juizado – o distancia explicitamente da bandeira de ampliar o acesso à justiça que marcou a história do juizado.

É possível reconhecer, nas duas modalidades de juizados analisados aqui, elementos importantes dessa dissociação entre busca de acesso à justiça e funcionamento concreto das experiências alternativas. Por um lado, os juizados cíveis e criminais funcionam com lógica “alternativa” (pois incorporam uma série de mecanismos informalizantes: simplificação dos procedimentos, presença facultativa de advogado em casos cíveis, realização de sessões de conciliação, custos baixos, etc.); por outro, funcionam dentro do aparato estatal. Podem, nesse sentido, ser consideradas instituições “anexas” do sistema de justiça oficial. E, tal como ocorre no caso norte-americano, sinalizam justamente essa disjunção entre os métodos alternativos e a busca de ampliação do acesso ao Judiciário. Tal movimento aponta os limites das pretensões inclusivas presentes em experiências de informalização da justiça.

#### AGRADECIMENTOS

*As autoras agradecem ao apoio financeiro do CNPq e da CAPES, que possibilitou a elaboração deste trabalho, aos pareceristas anônimos, que permitiram o aprimoramento do artigo, e a Dimitri Pinheiro, pela cuidadosa revisão do texto.*

#### REFERÊNCIAS

- ABEL, Richard. Conservative conflict and the reproduction of capitalism: the role of informal justice. *International Journal of the Sociology of Law*, v. 9, n. 3, 1981, p. 245-267.
- AMORIM, Maria Stella de. Relação entre tribunais e sociedade no Brasil: conciliação e rupturas nos juizados especiais. In: PORTO, Maria Stella Grossi; DWYER, Thomas Patrick (orgs.). *Sociologia e realidade: pesquisa social no século XXI*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006. p. 357-374.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 16, n. 47, 2001.

BRASIL. *Decreto-lei n. 248*, de 7 de setembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n. 5.869*, de 11 janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm). Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 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: 26 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.259*, de 12 de julho de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Disponível em: 26 ago. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. *Fairness and communication in small claims courts*. Tese de Doutorado. Cambridge: Harvard University, 1989.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. Existe violência sem agressão moral? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 67, 2008.

CHASIN, Ana Carolina. A informalização da justiça e seu avesso: uma análise das audiências de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis de São Paulo. *Dilemas*, v. 5, n. 2, 2012.

CHASIN, Ana Carolina. *Juizados Especiais Cíveis: um estudo sobre a informalização da Justiça em São Paulo*. São Paulo: Alameda, 2013.

COHEN, Stanley. The deeper structures of the law or “beware the rules bearing justice”: a review essay. *Contemporary Crises*, n. 8, 1984, p. 83-93.

COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and classification*. Cambridge: Polity, 1985.

CONLEY, John M.; O’BARR, William. Hearing the hidden agenda: the ethnographic investigation of procedure. *Law and Contemporary Problems*, v. 51, n. 4, Duke University School of Law, 1988.

CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial: criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAKOLIAS, Maria. *O setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Tradução de Sandro Eduardo Sarda. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996. Documento Técnico, n. 319. Original em inglês.

ECONOMIDES, Kim. Small claims and procedural justice. *British Journal of Law and Society*, v. 7, n. 1, p. 111-121, summer 1980.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de acesso à justiça”: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYSZPAN, Mário (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 61-76.

FULLIN, Carmen. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Universidade de São Paulo, 2012.

FULLIN, Carmen. Gestão, tempo, trabalho e sofrimento: a economia das trocas punitivas a partir de uma etnografia dos Juizados Especiais Criminais. *Dilemas*, v. 8, n. 1, 2015.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*. Denver: The Association, v. 9, n. 1, 1974, p. 95-160.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015, p. 37-49.

GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. Sao Paulo: FGV DIREITO SP, 2018.

HARRINGTON, Christine B. *Shadow justice: the ideology and institutionalization of alternatives to court*. Westport: Greenwood Press, 1985.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A aplicação de penas e medidas alternativas: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

KAMINSKI, Dan *et al.* Mutations dans le champ des peines et de leur exécution. *Déviance et Société*, v. 1, n. 4, 2007, p. 487-504.

KERCHOVE, Michel van de. *Le droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint Louis, 1987.

MACHADO, Máira Rocha. *Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos*

de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir; SANCHES, Samyra; COUTO, Monica (orgs.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI*. Brasília: IPEA, 2013, v. 1. p. 177-200.

OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. *Crime invisível: a mudança de significados da violência de gênero no Juizado Especial Criminal*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de Campinas, 2006.

SANTOS, Boaventura dos Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, ano 11, fev. 1996. CD-ROM.

SELVA, Lance; BOHM, Robert. A critical examination of the informalism experiment in the administration of justice. *Crime and Social Justice*, n. 29, 1987, p. 43-57.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

WORLD BANK. Legal vice presidency. *Initiatives in legal and judicial reform*. Washington D.C, 2002a.

WORLD BANK. *World Development Report 2002: building institutions for markets*. Washington D.C.: Oxford University Press, 2002b.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

CHASIN, Ana Carolina; FULLIN, Carmen. Por uma perspectiva integrada dos Juizados Especiais: experiências de informalização da justiça em São Paulo. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019, e1929. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201929>.

*Ana Carolina Chasin*

PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO (UNIFESP).

*acchasin@gmail.com*

*Carmen Fullin*

PESQUISADORA ASSOCIADA AO LABORATÓRIO DE PESQUISA EM TRADIÇÕES JURÍDICAS E RACIONALIDADE PENAL DA UNIVERSIDADE DE OTTAWA, CANADÁ. COLABORADORA DO NÚCLEO DE ANTROPOLOGIA DO DIREITO (NADIR) DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

*cfullin@uol.com.br*

**1** Universidade Federal do Paraná,  
Departamento de Direito Público,  
Curitiba, Paraná, Brasil

**2** UNINTER, Curitiba, Paraná,  
Brasil

<http://orcid.org/0000-0002-9829-5366>

**3** Universidad Carlos III de Madri,  
Madri, Espanha

**4** Centro de Estudios Políticos y  
Constitucionales, Madri, Espanha

<http://orcid.org/0000-0002-0082-5147>



# Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista

THE GENDER KNOCKING AT THE DOOR OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE SEARCH FOR A FEMINIST CONSTITUTIONALISM

Estefânia Maria de Queiroz Barboza<sup>1,2</sup> e André Demétrio<sup>3,4</sup>

## Resumo

Este artigo tematiza o papel do constitucionalismo feminista para a possibilidade da inclusão de uma perspectiva de gênero nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse panorama, o constitucionalismo feminista permite compreender os discursos e os enunciados de gênero que são incorporados nos processos constituintes e nas constituições, resultando tanto na emancipação e no empoderamento jurídico ou em formas de subordinação. Pretende-se responder à seguinte pergunta: no contexto do constitucionalismo feminista, qual o papel do STF na construção e na inserção de uma perspectiva de gênero na jurisprudência brasileira? O objetivo deste trabalho é mapear decisões da Suprema Corte brasileira que desenhem uma prospectiva dessa teoria constitucionalista. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo. Os resultados alcançados indicam que, apesar dos muitos avanços dessa Corte na promoção e na inclusão de uma visão do constitucionalismo feminista na jurisprudência, existem muitos liames jurídicos e culturais que impossibilitam ou retardam o amadurecimento da emancipação e do empoderamento jurídico das mulheres.

## Palavras-chave

Constitucionalismo feminista; Supremo Tribunal Federal (STF); gênero; constitucionalismo.

## Abstract

This article thematizes the performance of feminist constitutionalism in the Brazilian Supreme Court, resulting in a gender perspective in the decisions of this Court. In this context, the feminist constitutionalism makes it possible to understand the structure of the discourse of gender, which are embodied in constituent processes and constitutions, resulting in empowerment or subordination of women. It was intended to answer the following question: before the feminist constitutionalism, what is the role of the Brazilian Supreme Court in the construction and insertion of a gender perspective in Brazilian jurisprudence? The objective of this research is to draw decisions of the Brazilian Supreme Court that outline a perspective of this constitutionalist theory. The research method was deductive. The results indicate that despite the Court's many advances in the promotion and inclusion of a vision of feminist constitutionalism in jurisprudence, there are many legal and cultural ties that preclude or delay the maturation of women's emancipation and legal empowerment.

## Keywords

Feminist constitutionalism; Brazilian Supreme Court; gender; constitutionalism.

## INTRODUÇÃO

Recorrendo aos estudos dos movimentos feministas, percebe-se que as relações de poder entre homens e mulheres são patriarcais e desiguais, visto que corpos carregam discursos que permeiam o âmbito jurídico, político e econômico (BUTLER, 1990). A partir desse retrato, entende-se que o constitucionalismo muitas vezes exclui, deslegitima e silencia as mulheres (MONTAÑEZ, 2014). Historicamente, a partir da década de 1970, movimentos feministas eclodem em busca de instrumentos que fomentem a cidadania feminina, “de modo a qualificar a experiência participativa das mulheres” (PRÁ e EPPING, 2012, p. 34). Como resultado, o papel das constituições se modificou, resultando no empoderamento jurídico e em novos espaços de diálogo para as mulheres. Ainda, essas cartas políticas começam a adotar mecanismos jurídicos que propiciem uma maior igualdade de gênero, tornando-as sujeitos de direitos (BHAT, 2001). No Brasil, um dos primeiros direitos reconhecidos às mulheres foi o direito ao voto<sup>1</sup> em 1932; em seguida, o direito à contracepção na década de 1960;<sup>2</sup> e, por fim, o direito à igualdade, com a Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup>

Nesse quadro, propõe-se a utilização da teoria do constitucionalismo feminista para possibilitar a inclusão de uma perspectiva de gênero no direito constitucional. Esse termo não deve ser considerado sinônimo de “direito constitucional e gênero” ou de “direito constitucional e teoria feminista”, porque o constitucionalismo feminista tem a finalidade de explorar e desafiar a relação entre direito constitucional e feminismo por meio de um prisma feminista (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012).<sup>4</sup>

Embora se possa discutir se cabe às Cortes ou Legislaturas a tarefa de promover a igualdade de gênero a partir da lente do constitucionalismo feminista, no Brasil é certo que o Parlamento é mais restritivo aos direitos das mulheres,<sup>5</sup> especialmente por suas bancadas

...

- 1 O direito ao voto pelas mulheres era muito limitado, considerando que a Constituição de 1934 estabelecia no art. 109 que “o alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”.
- 2 Ao contrário de países desenvolvidos, métodos anticoncepcionais começaram a ser comercializados no Brasil na década de 1960, para barrar o crescimento populacional. Na França, por exemplo, as pílulas anticoncepcionais foram vendidas somente em 1967 (PEDRO, 2003).
- 3 A Constituição Federal de 1988 quebra um paradigma, tratando o homem e a mulher como iguais. É uma ruptura com a desigualdade de gênero e com a sociedade patriarcal brasileira. Embora o processo ainda não esteja terminado, considerando que há muitos avanços a se fazer, é um importante marco jurídico para o direito das mulheres e para o constitucionalismo feminista.
- 4 No original: “*What is feminist constitutionalism? Basically, it is the Project of rethinking constitutional law in a manner that addresses and reflects feminist thought and experience*”.
- 5 Neste sentido, ver a PEC 181 que, em resposta à decisão do STF sobre aborto, tenta restringir o art. 5º para proteger a vida desde a concepção.

religiosas.<sup>6</sup> Portanto, uma interpretação que olhe o direito constitucional a partir da pressuposição de uma desigualdade de gênero que possa responder à proporcionalidade da aplicação da Constituição de maneira equânime aos homens e às mulheres deve ser também o papel do Supremo Tribunal Federal (STF), já que é o seu caráter contramajoritário que lhe garante o papel de proteger minorias.

Por outro lado, seria possível, ainda, defender a proposição de um ativismo feminista na Suprema Corte, como ocorrido no Canadá. No contexto desse país, movimentos feministas tiveram atuação primordial nos debates e nas mudanças constitucionais da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, entre 1980 e 1982, resultando em uma gama maior de direitos à igualdade entre homens e mulheres (MANFREDI, 2005).<sup>7</sup>

Este trabalho pretende mapear decisões do STF que desenhem uma perspectiva do constitucionalismo feminista em sua jurisprudência. Essa escolha de análise da atuação da Suprema Corte brasileira se deve ao entendimento de que cabe a ela o resguardo dos direitos das minorias e, em especial, os direitos das mulheres. Assim, considerando que o constitucionalismo feminista é entendido neste trabalho como uma lente de análise das decisões que abordam a igualdade e o gênero, caberia à Suprema Corte brasileira: (i) discutir e julgar casos que abracem o direito de gênero e das mulheres; (ii) possibilitar que mulheres e outras minorias participem, sejam ouvidas e possam compartilhar suas vontades e decisões;<sup>8</sup> (iii) que esse mesmo grupo (mulheres e minorias) possa participar do quadro da Corte.

Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, esta pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira etapa, por meio de uma análise teórica, o objetivo será compreender o conceito de gênero e suas diferenciações do sexo biológico, utilizando como autores Judith Butler (1990) e Joan Scott (1990), para, em um segundo momento, estudar a importância dos movimentos feministas nos processos constituintes e nas constituições. Na segunda parte, será enfrentada a inserção de uma perspectiva feminista no direito constitucional, com a finalidade de revisitar conceitos clássicos do constitucionalismo e propor novas ideias por meio de um prisma feminista ou de gênero.

...

6 Ver, a respeito: Bancada evangélica converte proposta pró-mulher em projeto antiaborto. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/09/politica/1510258493\\_477218.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/09/politica/1510258493_477218.html). Acesso em: 26 mar. 2019.

7 Ver BARTLETT, Katharine T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, fev. 1994.

8 Embora não seja objeto deste trabalho analisar o comportamento judicial dos ministros em relação ao gênero, um diálogo entre o ministro Luiz Fux e as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia no plenário expõe o efeito de gênero nos debates do STF: ver RE n. 612.043, STF. Nessa perspectiva, ver, também: GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no supremo tribunal federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 854-876, 2018.

Na última etapa, serão identificados casos judiciais que versem sobre temas do constitucionalismo feminista, utilizando como recorte de pesquisa a busca jurisprudencial das seguintes palavras-chave no *site* do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)): “constitucionalismo feminista”; “direito das mulheres”; “gênero feminino”; “aborto”; “maternidade”; “contraceptivo”; “licença-maternidade”; “direitos reprodutivos”; “direito à autonomia sexual e reprodutiva”; “jornada extraordinária”; e “mulher”. Essa seção identificará a incidência ou não de uma perspectiva de gênero na jurisprudência da Suprema Corte brasileira. O método de pesquisa escolhido foi o dedutivo. O método procedimental foi o monográfico, por meio da análise teórica de gênero, do feminismo, do constitucionalismo feminista e de estudos de casos judiciais. Como técnicas de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica e legislativa.

## I. OS MOVIMENTOS FEMINISTAS NA CONSTRUÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA DA MULHER NO CONSTITUCIONALISMO

Sob a perspectiva de gênero, é possível observar o papel desempenhado pelas mulheres na sociedade incidindo no aspecto político, econômico e jurídico. Por isso, ao adentrar o estudo da construção histórica da mulher no constitucionalismo brasileiro, é imprescindível compreender o conceito de gênero e de sexo biológico. Diante disso, a primeira etapa desta pesquisa pretende estudar os conceitos de gênero, de sexo biológico e de suas diferenciações, para depois arremeter à importância dos movimentos feministas nos processos constituintes e nas constituições, especialmente na Constituição Federal de 1988.

Assim, gênero, ao contrário do sexo biológico, pode ser considerado “um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos” (SCOTT, 1990, p. 21). É uma forma de atribuição e significação das relações de poder, impondo o papel que homens e mulheres devem desempenhar nas sociedades (SCOTT, 1990). Nesse sentido, gênero é entendido como uma construção social, ou seja, não há nenhum dado biológico, psíquico e econômico que justifique o papel das mulheres nas sociedades. Tomando como base a frase de Simone de Beauvoir, “ninguém nasce mulher, torna-se”,<sup>9</sup> observa-se que é a sociedade que atribui e qualifica o que é ser mulher. Daí surgem questões relativas à construção da identidade sexual que propiciam a continuação de ideias que contribuem para as relações de dominação e de desigualdade de gênero (MILLARD, 2013).

Na esteira de debates sobre gênero, Judith Butler (1990) considera que o sexo é um produto do gênero e uma categoria do gênero. Assim, o gênero não deve ser considerado apenas uma inscrição cultural dada pela concepção jurídica, o que a autora chama de sexo

...

<sup>9</sup> Frase dita por Simone de Beauvoir, autora do livro *O segundo sexo*, umas das obras mais importantes para o movimento feminista.

pré-concebido, mas “deve designar o próprio aparelho de produção pelo qual os próprios sexos são estabelecidos” (BUTLER, 1990, p. 7). Nesse panorama, “o gênero é o meio discursivo/cultural pelo qual a ‘natureza sexuada’ ou o ‘sexo natural’ são produzidos e estabelecidos como um ‘pré-discurso’, antes da cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual a cultura atua”<sup>10</sup> (BUTLER, 1990, p. 7). Ou seja, para Butler (1990), os corpos carregam discursos que permeiam toda a sociedade e estabelecem os critérios narrativos de subordinação.

Desse modo, todas essas proposições “permitem pensar a sexualidade como construções sociais e históricas” (TONELI, 2012, p. 151). Ambas as teorias aqui explicitadas, tanto a histórica (Scott) quanto a de corpos como matéria (Butler), demonstram que os papéis das mulheres são concebidos por meio de discursos culturais e históricos, resultando na naturalização de seus papéis nas relações de poder entre homens e mulheres.

Se gênero é o significado cultural que é atribuído ao corpo, como defendido por Butler (1990), o direito contribui para a normatização dessa relação desigual de poder. Isso, porque o direito é uma construção e prática social, constituído por um conjunto de normas que acarretam valores principiológicos da sociedade (MILLARD, 2013). Assim, se a sociedade reproduz estereótipos e discursos relativos ao papel das mulheres, o direito é responsável por cristalizá-los por meio do texto e da norma constitucional.

Tomando por base essas definições de gênero discutidas nesta pesquisa, questiona-se: qual a natureza da mulher? Levando em consideração a desigualdade de gênero e o papel que a mulher carrega em seu corpo na sociedade, constata-se, sem sombra de dúvidas, que o direito perpetuou e reforçou os estereótipos existentes por meio de constituições e códigos (KARST, 1984).

Os dispositivos jurídicos, como demonstrado, auxiliaram e propagaram a desigualdade de gênero por meio das constituições, códigos de condutas e legislações, mas isso não significa que não se possa ter uma reconstrução e ressignificação da mulher por meio do próprio direito (KARST, 1984). Voltamos, então, à questão central desta pesquisa, sobre possibilitar uma perspectiva feminista ou de gênero no direito constitucional. Assim, o gênero torna-se o alicerce principal da teoria do constitucionalismo feminista.

Para ilustrar o que foi descrito nesta primeira etapa da pesquisa, serão mostradas, a partir de uma perspectiva histórica, a inclusão e a mutação do papel da mulher e do gênero nos processos constituintes e nas constituições. Essa construção e exclusão das mulheres é verificada por muitos séculos, o que resultou na detenção de direitos, a começar pela Revolução Francesa, em 1789, que protegia somente “os direitos das elites, notadamente, a propriedade e a

...

10 No original em inglês: “As a result, gender is not to culture as sex is to nature; gender is also the discursive/cultural means by which ‘sexed nature’, or a ‘natural sex’ is produced and established as ‘prediscursive’, prior to culture, a politically neutral surface on which culture acts” (BUTLER, 1990, p. 07).

segurança” (CRUZ e COSTA, 2015, p. 58). Desse modo, nesse caminho para a construção sócio-histórica das mulheres no campo dos direitos, é inegável a importância dos movimentos feministas para a concretização dos direitos das mulheres (CRUZ e COSTA, 2005).<sup>11</sup>

Nesse quadro, a mulher era considerada submissa ao marido, com características de ser uma boa mãe, apegada ao lar, à criação dos filhos e aos valores tradicionais da família brasileira (AZAMBUJA, 2018). Assim, conclui-se que “as posições ocupadas por homens e mulheres [...] diferenciam-se conforme mudanças contextuais relativas ao tempo histórico, à classe, à etnia, dentre outros vetores” (TONELI, 2012, p. 154).

A reformulação do que é ser mulher e das definições de gênero se devem pela colaboração e luta dos movimentos feministas.<sup>12</sup> Com a adoção da tese beauvoiriana, na qual não se nasce mulher mas torna-se uma, surgem inquietações relativas à igualdade entre homens e mulheres no âmbito político, jurídico e cultural (COSTA, 2016). Esses desdobramentos e debates teóricos entre as feministas pela busca de igualdade se deram pelo “descompasso entre a afirmação dos princípios universais de igualdade e as realidades da divisão desigual dos poderes entre homens e mulheres” (FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, 2009, p. 144).

A partir de então, é possível afirmar que as mulheres foram ocupando espaços que até então não lhes pertenciam. Na esteira do constitucionalismo, o direito constitucional tradicional também replicou conceitos sexistas, culminando em uma dificuldade de a mulher ser considerada cidadã (COSTA, 2016). Com efeito, os direitos constitucionais das mulheres não receberam quase nenhum reconhecimento jurídico até o século XX (FERNÁNDEZ, 2017).

Em geral, as mulheres não participaram dos processos constituintes, não escreveram ou ratificaram suas constituições, especialmente aquelas feitas nos séculos XVIII e XIX. Na maior parte delas, os homens escreveram as constituições como se as mulheres não existissem, como em períodos pós-guerras e em processos de pacificação (MONTAÑEZ, 2014).

Com a análise das constituições criadas no século XX ou anterior, observa-se pouca preocupação com a igualdade e com o direito das mulheres (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004). No Brasil, o Código Civil de 1916 considerava a mulher incapaz (artigo 6º). Ainda, remetia o homem como “chefe da sociedade conjugal”, responsável pelos “bens particulares da mulher” (BRASIL, 1916).

...

11 Nesse sentido, os movimentos feministas “elaboraram um discurso sobre os direitos humanos com um olhar de equidade de gênero preconizando que os direitos só serão humanos quando incluírem as mulheres” (CRUZ e COSTA, 2005, p. 59).

12 Embora não seja o foco, esta pesquisa entende feminismo como a “consciência individual e coletiva da opressão das mulheres e com o desejo de alcançar a igualdade de gênero em todos os campos da sociedade” (RIPA, 1999, p. 81). Ademais, em uma perspectiva de lutas latino-americanas, pode ser definido “como campos discursivos de ação” (ALVAREZ, 2014, p. 16).

Tomando por base a articulação por direitos pelos movimentos feministas, observa-se que, no âmbito constitucional, o compromisso com a igualdade formal e explicitamente com a igualdade de sexo e gênero somente se tornou um tema geral no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial, apesar das limitações impostas pelo modelo de família hegemônica (COSTA, 2016).

Nas últimas décadas, nas principais democracias liberais, surgiram indagações sobre como incluir e pensar uma perspectiva de gênero no direito, para que por meio dele seja possível a construção e desconstrução de gêneros no sistema jurídico e nas constituições (MILLARD, 2013). Novas posições em busca de avanços pelos direitos surgiram a partir da década de 1980, com as canadenses reivindicando direitos de igualdade sexual para que estivessem presentes na Carta de Direitos e Liberdades de 1982; no âmbito Sul-Global, as colombianas advogaram com sucesso pela igualdade de gênero, resultando na Constituição de 1991, assim como na África do Sul, na qual as mulheres tiveram espaço na Constituição de 1996.

O processo de inclusão dos direitos de igualdade de gênero no Brasil voltou a eclodir após o fim da ditadura civil-militar, com a redemocratização. Assim, “o feminismo no Brasil entra em uma fase de grande efervescência na luta pelos direitos das mulheres” (PINTO, 2010, p. 17). Nessa perspectiva, surgem questões de lutas pelos direitos das mulheres que abraçam uma série de temas, como violência de gênero, sexualidade, direitos reprodutivos, direito à autonomia do corpo, direito ao trabalho, igualdade e orientações sexuais (PINTO, 2010).

Com efeito, inicia-se o Processo Constituinte<sup>13</sup> em 1988, com apenas “26 deputadas e nenhuma senadora” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018), o que culmina na promulgação da Constituição Federal (CF), também conhecida como Constituição Cidadã (PINTO, 2003). A CF de 1988 “é uma das que mais garante direitos para a mulher no mundo” (PINTO, 2010, p. 17). Desse modo, a Carta Magna brasileira incorporou grande parte das reivindicações feitas pelos movimentos das mulheres durante os trabalhos constituintes (PINTO, 2003), cujo êxito fica claro no artigo 5º, I, que assegura expressamente a igualdade entre homens e mulheres (BRASIL, 1988).

Ainda, a proteção à maternidade é prevista em vários dispositivos da Constituição quando trata de direitos trabalhistas (art. 6º), direitos previdenciários (art. 201, II) e da assistência social (art. 203, I). O art. 7º, XVII, também reconhece o direito à igualdade jurídica e à diferença natural entre os gêneros, garantindo licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (BRASIL, 1988). Complementando, o Ato

13 Sobre a participação das mulheres no Poder Constituinte de 88, ver: COORDENAÇÃO DE HISTÓRICO DE DEBATES. *Mulheres Constituintes de 1988*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-constituente>. Acesso em: 20 fev. 2018.

das Disposições Constitucionais Transitórias veda, em seu art. 10, II, “b”, a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Por fim, a Constituição assegurou às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. No art. 7º, XX, a Constituição propugna pela proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos nos termos da lei (BRASIL, 1988). O referido dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 9.799/1999, que incluiu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) normas protetivas para o mercado de trabalho feminino.

Nesse sentido, o art. 7º, XXX, proíbe a discriminação no mercado de trabalho, no que se refere às atribuições e aos salários, por motivo de sexo ou estado civil.<sup>14</sup> No âmbito doméstico e familiar, a Constituição inovou ao estabelecer, em seu art. 226, parágrafo 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Observa-se que, até a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, o Código Civil de 1916 vigente consagrava no Brasil a superioridade do homem em relação à mulher, apresentando o homem o comando absoluto da família e total autoridade sobre a esposa e os filhos. Além disso, a CF reconheceu diversos tipos de família, inclusive aquela formada apenas pela mãe e seus filhos (BRASIL, 1988).

Outro dispositivo constitucional relevante concerne ao art. 226, parágrafo 8º, que estabelece o dever de o Estado coibir a violência no âmbito das relações familiares. Isso significou grande avanço, pois se reconheceu o fenômeno da violência familiar e doméstica, que já vinha sendo sistematicamente denunciado pelos movimentos de mulheres desde os anos 1970 e 1980. No campo da saúde reprodutiva, a Constituição avançou bastante ao prever o planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, parágrafo 7º), competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (BRASIL, 1988).

Em suma, o constitucionalismo foi incluindo uma perspectiva de gênero em seu texto constitucional a partir da metade do século XX. Assim, ao se discutir a desigualdade de gênero no Brasil, é perceptível que a CF de 1988 inovou ao trazer o art. 5º, como explicitado anteriormente (TEIXEIRA, 2010).

Embora o processo de inclusão de gênero tenha avançado no Brasil, principalmente com a CF de 1988, há autores na esteira do debate que acreditam que, ainda assim, ela “reflete com nitidez a tradicional divisão dos papéis sociais reservados a homens e mulheres” (TEIXEIRA,

...

14 Tal artigo foi regulamentado pela Lei n. 9.029/1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

2010, p. 259). Pode-se afirmar que quando a Carta trata de direitos sociais, há um descompasso em igualdade de gênero, por exemplo, em relação à licença-maternidade de encontro com a licença-paternidade, reforçando ainda mais os estigmas de papéis de homens e mulheres na sociedade (TEIXEIRA, 2010).

Simultaneamente, o discurso que corpos trazem na CF de 1988 por meio de seu texto constitucional vai além da desigualdade de gênero, trazendo uma valorização ao sistema econômico, como o salário-maternidade assegurado à mulher trabalhadora exclui a mulher do lar e a que não tem condições de contribuir com a Previdência (TEIXEIRA, 2010).

De todo modo, esse processo de inclusão do gênero no âmbito legislativo contribuiu para torná-las sujeitos de direitos. O paradigma feminista busca uma igualdade de gênero entre homens e mulheres, no âmbito político, no econômico e no jurídico (BALAGUER, 2005). Como visto anteriormente, o feminismo explica que as relações de poder são a base da desigualdade de gênero entre homens e mulheres (MONTAÑEZ, 2014).

Como articular, então, a perspectiva de gênero nos processos constituintes, nas constituições e nas decisões judiciais? Assim, volta-se ao problema inicial desta pesquisa, ou seja, qual o papel do STF na construção de um constitucionalismo feminista? E além disso, como fazer uma análise qualitativa de que decisões envolvendo direitos fundamentais às mulheres tenham sido decididos por homens? Daí surgem indagações de que direitos fundamentais ou sociais estejam confinados a debates, interpretações, leis e decisões feitas por homens e nos termos que eles estabelecem.

As posições ocupadas pelos marcos teóricos desta primeira etapa da pesquisa demonstram que discutir gênero e feminismo é complexo,<sup>15</sup> já que este movimento teórico não é uniforme, nem homogêneo, o que acarreta uma pluralidade de ideias e visões. Na esteira desse debate, há mulheres feministas e não feministas, mulheres com espectro político de direita<sup>16</sup> ou de esquerda, que discordam a respeito de terminologias, que raciocinam de maneiras distintas e não necessariamente compartilham dos mesmos objetivos. De todo modo, ambas

...

15 Há diversas matrizes do feminismo, como: negro, interseccional, acadêmico, liberal, radical, socialista, marxista, cultural, humanista, psicanalítico, lésbico, do terceiro mundo, etc. Assim, embora essas posições impossibilitem uma posição singular do feminismo, elas provocam o debate político em uma perspectiva de um movimento contra a dominação patriarcal e desigual de gênero (CONCEIÇÃO, 2009). Ainda, “essa interdependência de diferentes forças dentro do feminismo assinala sua principal virtude em relação a outros movimentos sociais e discursos, principalmente quando consideramos as articulações que o feminismo constrói entre as variadas posições de sujeito visando objetivos políticos, materiais e culturais específicos” (CONCEIÇÃO, 2009, p. 749).

16 Ver artigo da *Revista Marie Claire* francesa que trata sobre a relação entre mulheres com uma visão política de extrema direita e o feminismo: <http://www.marieclaire.fr/photo/451373/1241241/femmes-d-extreme-droite-l-arme-du-feminisme,20240>. Acesso em: 13 set. 2019.

visões buscam a emancipação e o reconhecimento de direitos às mulheres, independentemente de cor, raça, credo e de posição política. Nesse quadro, cabe um aprofundamento da teoria do constitucionalismo feminista para compreender os desafios e percalços da inserção do gênero no constitucionalismo.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO POR UM OLHAR FEMINISTA: CAMINHOS E PERCURSOS DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

Como visto anteriormente, é indissociável a compreensão do constitucionalismo feminista por meio de uma análise de um marco teórico sócio-histórico da mulher na sociedade, e mais precisamente, na sociedade brasileira e no constitucionalismo brasileiro. Por meio do referencial teórico da primeira etapa deste trabalho, pode-se neste momento observar os caminhos e percursos do constitucionalismo feminista no Brasil.

Cabe inicialmente indagar: as Constituições e, especificamente, a brasileira (1988) foram feitas também por e para as mulheres? Ainda mais, a Constituição brasileira busca proteger as mulheres? Ela é interpretada e aplicada por mulheres? O que uma agenda constitucional feminista deve propor e avaliar de modo que esta resposta apresente de fato um constitucionalismo que responda afirmativamente às mulheres?

Desse modo, ao se discutir constitucionalismo, torna-se necessário compreender a definição de Poder Constituinte,<sup>17</sup> pois para a ciência jurídica “o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional brota” (CHUEIRI e GODOY, 2010, p. 161). Nesse quadro, esse poder tem como finalidade básica elaborar uma constituição, com normas jurídicas com a finalidade de estabelecer e de criar algo (FERNÁNDEZ, 2017).

Por sua vez, falar de constituinte feminista é ir de encontro ao dogma do constitucionalismo tradicional, já que é necessário questionar suas bases por meio de uma perspectiva feminista. A constituinte feminista provocará e confrontará o poder decisório e promoverá a adoção de novas políticas articulatórias equitativas para o Poder Constituinte, na qual deve

...

17 Nesse aspecto, Gilberto Bercovici considera que “o poder constituinte é manifestação da soberania. É um poder histórico, de fato, não limitado pelo direito. Como tem caráter originário e imediato, o poder constituinte não pode ser reduzido juridicamente. Não pode ser limitado, embora não seja arbitrário, pois tem ‘vontade de constituição’. A titularidade do poder constituinte deve corresponder ao titular da soberania” (BERCOVICI, 2013, p. 306). No mesmo sentido, a constitucionalista feminista Itiziar Fernández entende que o **poder constituinte no sentido tradicional**, é um “dogmafundador, [...] un poder omnipotente, en cierto modo desvinculado de cualquier límite jurídico positivo y sostenido sobre unas bases teóricas con un contenido ideológico concreto, surgidas en un tiempo histórico concreto. Ese poder, tiene por finalidad básica elaborar una Constitución, un texto normativo que, en su sentido ordinario, sugiere el hecho de establecer, de formar algo” (FERNÁNDEZ, 2017, p. 04). Recomenda-se a leitura do artigo de Bercovici (2013) e do livro de Fernández (2017).

considerar homens e mulheres iguais. Isso, porque é a própria constituição que organiza, exerce, controla e limita os interesses e os direitos dos cidadãos, a qual, muitas vezes, pode excluir determinados indivíduos, como as mulheres (FERNÁNDEZ, 2017).

Historicamente, como visto na primeira etapa desta pesquisa, as mulheres eram vistas como segunda categoria no status de serem sujeitos de direito em decorrência das estruturas jurídicas existentes na época. Em muitas constituições, as terminologias de seus artigos estão redigidas no sexo masculino ou tem uma perspectiva de gênero baseada no homem (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012).

Nesse quadro, pode-se afirmar que as constituições<sup>18</sup> definiram noções e conceitos por meio de uma perspectiva particular masculina (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004). Assim, as cartas políticas escrevem os termos em que os homens envolvidos aceitam respeitar uns aos outros. Nesse sentido, eles acabam sendo o foco de certos atos legais, já que a lei é um veículo real de poder social,<sup>19</sup> e a constituição estaria no ápice desse poder.

Do mesmo modo que a constituinte feminista,<sup>20</sup> o constitucionalismo feminista<sup>21</sup> é um projeto de repensar o direito constitucional de maneira a enfrentar e refletir o pensamento e a experiência feminista. O termo é usado pelas autoras Beverley Baines, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana (2012), “em contraste com o termo ‘direito constitucional e gênero’ ou ‘direito constitucional e teoria feminista’, em uma pretensão de explorar a relação entre direito constitucional e feminismo, examinando, desafiando e redefinindo a própria ideia do

...

18 Para uma melhor compreensão dos conceitos de *constituição* e *constitucionalismo*, recomenda-se a leitura de *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>.

19 Ver: HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press: Cambridge, 2007.

20 Entende-se que o poder constituinte feminista e o constitucionalismo feminista não podem ser definidos como sinônimos. O poder constituinte feminista vai de encontro ao conceito tradicional de poder constituinte, por questionar e confrontar as bases desse poder onipotente. A constituinte feminista pensa no poder de decisão e em direitos fundamentais por meio de uma igualdade e perspectiva de gênero entre homens e mulheres. Desse modo, este poder resultará em um texto fundador, que refletirá na estrutura e organização do Estado, na instrumentalização e na limitação dos direitos individuais e coletivos e no próprio ser social de direitos, ou seja, mulheres e homens. O produto desse poder constituinte feminista é uma Constituição com parâmetros que possibilitem a igualdade de gênero. O constitucionalismo feminista ocorre depois de todo processo constituinte, que não o vincula a constituinte feminista, ou seja, há possibilidade de se ter um constitucionalismo feminista sem a realização de uma constituinte feminista. Isso, porque o constitucionalismo feminista é a possibilidade de reinterpretar e dar uma ressignificação à Constituição por meio de um olhar de gênero. Por exemplo, é possível construir um constitucionalismo feminista na CF de 88, embora esta não tenha sido resultada de uma constituinte feminista. Ver: Fernández (2017).

21 Como já dito anteriormente, a constituição é um produto do Poder Constituinte (CHUEIRI e GODOY, 2010).

constitucionalismo a partir de uma perspectiva feminista” (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012, p. 1).<sup>22</sup>

E assim, essa teoria estabelece que se revisitem temas clássicos do constitucionalismo, que se proponham novas ideias, mas que, principalmente, se tome a responsabilidade de mudar o foco de discussão e do debate constitucional. Para além disso, ressalta a importância de se ter um direito constitucional com a análise feminista e de gênero. O direito constitucional é fundacional e fundamental para a maior parte dos sistemas legais do mundo contemporâneo, o que, por sua vez, implica que é pelas constituições que se desenha compromissos fundamentais que dizem respeito à cidadania, direitos e deveres (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012).

Desse modo, o constitucionalismo feminista oferece uma perspectiva radicalmente nova sobre os próprios fundamentos de nossos sistemas jurídicos, indo para além do feminismo e do direito para avaliar os textos e as tradições das constituições mundiais. Para isso, busca-se olhar as constituições através da lente da justiça de gênero, resultando em uma equidade entre homens e mulheres (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012).

Em termos teóricos, observa-se que tanto a constituinte feminista quanto o constitucionalismo feminista partem do pressuposto de uma perspectiva de equidade de gênero no direito constitucional. É sabido que o direito constitucional tradicional é cheio de práticas e pressupostos masculinos, em que são enfrentados pelo constitucionalismo feminista (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004). Nesse sentido, como visto na etapa anterior da pesquisa, ao compreender o conceito de gênero defendido por Scott (1990), observa-se que o direito constitucional opera por meio da dominação do patriarcado, estabelecendo as relações desiguais de poder nas democracias constitucionais, o que pode contribuir para a conclusão de que o direito tradicional, “portanto, nos trai” (IBARRA, 2014, p. 87).

Assim, o constitucionalismo feminista defende uma reconfiguração do constitucionalismo, para que se possa atingir a igualdade de gênero entre homens e mulheres. Basicamente, essa teoria se relaciona com a organização e estrutura dos poderes e dos direitos fundamentais, ambas previstas nas constituições. Ademais, o constitucionalismo feminista propõe uma limitação nas majorias parlamentares para resguardar os direitos das minorias, por meio de uma nova interpretação de gênero no direito constitucional (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004).<sup>23</sup>

...

22 Em inglês no original: “*We use this term in contrast with the ‘constitutional law and’ approach – constitutional law and gender or constitutional law and feminist theory – because we aspire to explore the relationship between constitutional law and feminist, challenging, and refining the very idea of constitutionalism from a feminist perspective*” (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012, p. 01).

23 Sobre o papel das mudanças constitucionais e da interpretação constitucional por meio do *advocacy* em uma perspectiva feminista, recomenda-se a leitura do artigo: MAYERI, Serena. Constitutional choices: legal feminism and the historical dynamics of change. *California Law Review*, v. 93, n. 3, 2004.

Além disso, apesar de a teoria jurídica convencional definir o constitucionalismo como “a relação entre a autoridade constitucional, sua identidade, e suas possibilidades de interpretação” (ALEXANDER, 1998, p. 01),<sup>24</sup> as teóricas feministas não hesitaram em defender que “a constituição que temos depende da constituição que elaboramos, construímos, interpretamos e somos” (PITKIN, 1987, p. 169).<sup>25</sup> Assim, mulheres ativistas, advogadas/os, juristas e professoras/es parecem concordar que o que está em jogo não é mais se as constituições podem ser para as mulheres, mas, sim, quando e como assegurar que elas reconhecem e promovem os direitos das mulheres (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004).

A resposta para essa questão é: isso deve acontecer agora. O tempo para se realizar a promoção dos direitos das mulheres deve ser agora, não há mais como esperar. Para atingir este objetivo, é necessário garantir, litigar, proteger e promover os direitos constitucionais das mulheres. A história constitucional mostra que por muitos séculos as mulheres não eram consideradas cidadãs e sujeitos de direito, o que justifica a urgência de que esses direitos sejam promovidos (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004).

Nesse quadro, a omissão das mulheres significa um grande erro do constitucionalismo tradicional. No direito espanhol, por exemplo, o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que a discriminação das mulheres é relacionada com as desigualdades históricas e enraizadas na sociedade e que contribuíram para que elas ficassem em posições sociais desvantajosas e extremamente contrárias à dignidade da pessoa humana (MONTAÑEZ, 2014).<sup>26</sup>

Outra maneira de observar a desigualdade de gênero existente entre homens e mulheres no âmbito judicial foi diagnosticado por advogadas do Canadá por meio do projeto *The Women’s Court of Canada*. Esse projeto reescreve as decisões da Suprema Corte por meio de uma perspectiva feminista, expondo a política machista incorporada na jurisprudência canadense. Assim, práticas como o *The Women Courts of Canada*<sup>27</sup> e o *Australian Feminist Judgement*

...

24 Em inglês no original: “the relationship among a constitutional’s authority, its identify, and possible methodologies of interpration”.

25 No original: “The constitution we have depends upon the constitution we make and do and are”.

26 Ver a decisão do Tribunal Constituicoinal espanhol (STC 128/1987): <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/860>. Acesso em: 13 set. 2019.

27 *The Women Courts of Canada* foi criado em 6 de março de 2008, por um grupo de 10 advogadas, ativistas e estudantes de direito na Escola de Direito Osgood Hall da Universidade de York, no Canadá. O projeto tem como objetivo reescrever as decisões judiciais da Suprema Corte canadense por meio de uma perspectiva de gênero. Entre os casos reescritos, destacam-se: *Law v. Canada, Newfoundland v. NAPE (Newfoundland Association of Public Employees)*, *Gosselin v. Quebec (PDF)* e *Native Women’s Association of Canada v. Canada*. Para conhecer mais sobre o projeto, recomenda-se a leitura do artigo em: <https://www.universityaffairs.ca/features/feature-article/the-womens-court-of-canada/>. Acesso em: 13 set. 2019.

*Projects*<sup>28</sup> enfrentam alguns desafios, como criar e imaginar um sistema jurídico diferente do qual estão inseridos, já que, como visto, o atual sistema jurídico é repleto de vícios envolvendo a desigualdade de gênero (DAVIES, 2011). Mesmo assim, todos esses exemplos relacionando advogadas/os, professoras/es e juristas demonstram a importância do feminismo para se compreender um constitucionalismo mais inclusivo e com uma perspectiva de igualdade (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004).

Por isso, práticas como estas aqui citadas que permeiam o feminismo a partir de um olhar constitucional são extremamente importantes, já que têm uma dimensão construtiva e poderosa para alterar a concepção do que é considerado “normal” nos tribunais. Ainda, os julgamentos feministas trazem narrativas de diversidade e alteridade para o âmbito jurídico, tornando o discurso de hegemonia do direito constitucional tradicional desconfortável (DAVIES, 2011).

Portanto, o constitucionalismo feminista trata de uma reestruturação dos sistemas jurídicos existentes, que poderá ocorrer por meio de uma constituinte feminista, como estudado anteriormente, pela inclusão de uma perspectiva de gênero nas decisões judiciais e/ou por mudanças institucionais (MONTAÑEZ, 2014). Uma das características do constitucionalismo feminista na Europa é a necessidade de um novo pacto constituinte que elimine a subordinação patriarcal sistêmica das mulheres,<sup>29</sup> promovendo uma nova constituição fundada pelo princípio da igualdade de gênero entre homens e mulheres (MADARIAGA, 2017). Contudo, esta pesquisa entende que esse constitucionalismo deve ser emergido pelo STF, considerando a existência de uma desigualdade de gênero e seu caráter contramajoritário, que deve garantir proteção às minorias. Uma análise mais minuciosa sugere que essa interpretação por meio da lente do constitucionalismo feminista não é intencional, isto é, juízes e ministros não têm ciência de estarem construindo e interpretando por meio desse constitucionalismo.

...

28 O Australian Feminist Judgement Project também tem entre seus objetivos reescrever decisões judiciais a partir de uma abordagem feminista. Além disso, o projeto busca analisar os efeitos da diversidade de gênero na subjetividade judicial, no método jurisprudencial e também na tomada de decisões substantivas, bem como investigar o impacto do pensamento feminista na jurisprudência australiana, analisando casos e apresentando a natureza feminista percebida em cada julgamento. Para saber mais, consultar: <https://law.uq.edu.au/the-australian-feminist-judgments-project>. Ver, também: DOUGLAS, Heather; BARTLETT, Francesca; LUKER, Trish; HUNTER, Rosemary (eds.). *Australian feminist judgments: righting and rewriting the law*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

29 Ver nessa perspectiva os seguintes artigos: FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. ¿Un pacto de Estado o un pacto constituyente contra la violencia machista? *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 5, ISSN-e 2254-4445, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5811433>; e MADARIAGA, Jasone Astola. Los pactos constituyentes contra natura o la subordinación sistémica de las mujeres. *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 5, ISSN-e 2254-4445, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5811430>.

Com efeito, essa teoria está amparada por princípios teóricos, que auxiliam na promoção de uma agenda constitucional feminista relativa: (i) às práticas constitucionais; (ii) aos direitos constitucionais; (iii) à diversidade estruturada constitucionalmente; (iv) à igualdade constitucional; (v) à autonomia sexual e aos direitos reprodutivos; (vi) aos direitos das mulheres no âmbito familiar; e (vii) aos direitos sociais das mulheres (BAINES e RUBIO-MARIN, 2004).

Nesse quadro, o maior desafio atualmente é de como constituir e promover os direitos das mulheres, desde o processo constituinte até o processo judicial das Cortes Constitucionais para alcançar a igualdade de gênero. Mulheres em todo o mundo judicializam questões de direito que se relacionam com questões de gênero, clamam por maior participação política, por não violência, por igualdade no trabalho doméstico, por igualdade salarial, por não discriminação, pela liberdade sexual e reprodutiva e pela efetivação de direitos sociais (BAINES e RUBIO-MARIN, 2017).

Além disso, cortes podem e devem ser um espaço para o ativismo feminista, considerando que por meio de instrumentos legais feministas, mulheres podem enfrentar questões sobre consideração e impacto de leis em suas vidas. Diante disso, surgem questões relativas ao impacto da norma sobre mulheres, tendo em vista que muitas legislações restringem e afetam mais mulheres que homens (MANFREDI, 2005).

Embora o processo de constitucionalismo feminista tenha muito a avançar, grandes conquistas já foram realizadas, como explicitado no primeiro e no segundo estágio desta pesquisa. Porém pode-se afirmar que somente com uma transformação nas estruturas jurídicas e constitucionais é que o sistema jurídico virá ao encontro de pautas e de desafios de gênero. Para tornar ilustre o demonstrado até aqui, a última fase desse trabalho pretende remeter à análise jurisprudencial, regressando assim ao espectro metodológico adotado, que é o dedutivo com busca em material jurisprudencial.

### 3. O GÊNERO BATE À PORTA DO STF

Tomando por base a teoria da segunda etapa desta pesquisa, constatou-se que o constitucionalismo feminista é uma lente de análise das decisões que abordam gênero nas decisões judiciais. A fim de demonstrar essa teoria, serão desenvolvidas uma busca e análise de casos que versem sobre temas do constitucionalismo feminista no *site* de internet do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), por meio de pesquisa jurisprudencial, utilizando as palavras-chave “constitucionalismo feminista”, “direito das mulheres”, “gênero feminino”, “aborto”, “maternidade”, “contraceptivo”, “licença-maternidade”, “direitos reprodutivos”, “direito à autonomia sexual e reprodutiva”, “jornada extraordinária” e “mulher”.

Esta seção de busca jurisprudencial analisará tanto decisões em sede de controle concentrado como também de controle difuso. Assim, a partir desta pesquisa, encontraram-se:

- : 2 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI);
- : 1 ação declaratória de constitucionalidade (ADC);
- : 1 arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF);
- : 2 *habeas corpus* (HC);
- : 1 recurso em mandado de segurança (RMS);
- : 3 recursos extraordinários (RE).

Considerando esses dados, constata-se que o âmbito de aplicabilidade é reduzido, já que existem poucas decisões envolvendo a temática de gênero na Suprema Corte brasileira.

A questão-chave do constitucionalismo feminista é a incidência de essa interpretação não ser intencional, ou seja, os ministros do STF não têm consciência de que estão decidindo com base nesses parâmetros.<sup>30</sup> É necessário enfatizar de que nesta última etapa de pesquisa se busca observar o alinhamento das decisões da Corte por meio de uma perspectiva de gênero no constitucionalismo.

Tal relação entre o gênero e o constitucionalismo toma forma a partir desta última etapa, o que arremete o trabalho ao problema de pesquisa: qual o papel do STF na construção e na inserção de um constitucionalismo feminista na jurisprudência. Assim, vasculhando as decisões da Suprema Corte, será possível responder ao problema investigatório e constatar se há uma perspectiva de gênero nas decisões desta corte. Por limitações metodológicas, optou-se por questionar o papel da Suprema Corte por meio da prática do *judicial review*,<sup>31</sup> protegendo o direito das minorias e, especificamente, o direito das mulheres.

Ademais, a escolha metodológica em discutir o constitucionalismo feminista no âmbito da possibilidade de o Poder Judiciário rever atos do parlamento não exclui as discussões e críticas para se construir um constitucionalismo feminista com um aporte mais incisivo na democracia. Com efeito, como defendido por Higgins (1997), esse tipo de democracia incidiria em uma cidadania feminista,<sup>32</sup> mas que não elimina as poucas discussões existentes sobre o *judicial review* e o constitucionalismo feminista.

...

<sup>30</sup> Como exceção, o voto do ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* (HC) 124.306 tratou e citou explicitamente o termo “constitucionalismo feminista” por meio de uma nota de rodapé na página 11, ao tratar da história de subordinação das mulheres que resultou na institucionalização da desigualdade de gênero. Nesta nota de rodapé, Barroso referenda a dissertação de mestrado de Cristina Telles, intitulada *Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*, defendido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). A decisão pode ser lida no seguinte endereço: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>31</sup> *Judicial review* pode ser considerado como a revisão de atos normativos pelo Poder Judiciário (LOIS e MARQUES, 2013).

<sup>32</sup> Higgins (1997) defende que a teoria constitucional convencional aceita e protege a capacidade do indivíduo de fazer escolhas, deixando a construção social destas escolhas sem exame. Em contraste, a ênfase da teoria

Nesse quadro, esta pesquisa entende que cabe ao STF o controle de constitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de um ato que adveio do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Desse modo, caberia à Suprema Corte brasileira resguardar os direitos das minorias (BARROSO, 2018). Todavia, é importante destacar que a CF de 1988 garante ao STF “competência para exercer tanto o controle concentrado quanto o controle difuso de constitucionalidade, sem atribuir à Corte a tão suscitada ‘última palavra’ em controvérsias constitucionais” (KOZICKI e ARAÚJO, 2015, p. 109). Assim, é de competência da Corte um papel incisivo na construção e na articulação de um constitucionalismo feminista, já que com a inclusão de uma perspectiva de gênero no direito constitucional permitiria a proteção dos direitos dessas minorias.<sup>33</sup>

Nessa linha, é ainda mais aguda a injustiça de gênero que acontece no Brasil, por existirem mazelas de desigualdade no Poder Público e no mercado de trabalho, como no Congresso Nacional, que conta com apenas 55 deputadas federais em um corpo de 513 e 13 senadoras em um espaço de 81.<sup>34</sup> Ainda, no mercado de trabalho, tomando como ilustração dados estatísticos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que, em 2016, o rendimento das mulheres foi 22,9% menor que o dos homens. Ainda, o salário dos homens era de R\$ 2.149,00, enquanto o das mulheres era em média de R\$ 1.836,00<sup>35</sup> (IBGE, 2016). Assim,

...

do direito feminista na importância das restrições nas escolhas das mulheres, o que levou a negligenciar questões como cidadania e soberania em um sistema democrático. Comparando a teoria constitucional convencional e a teoria feminista, ambas possuem limitações, assim tanto a teoria constitucional deve levar em conta os argumentos feministas no que diz respeito às restrições às escolhas individuais, como a teoria feminista deve levar a sério o clássico debate sobre legitimidade democrática. A integração da teoria constitucional com a teoria feminista pode levar a uma nova interpretação constitucional que reflita uma concepção de cidadania feminista sob condições de desigualdade. Apesar do desenvolvimento da teoria feminista nos últimos anos, pouco foi produzido sobre estas questões centrais da interpretação constitucional. Há pouco trabalho feminista sobre as teorias do *judicial review* ou métodos de interpretação constitucional, além de não ter o feminismo uma teoria do Estado e de Constituição.

33 Entende-se minorias como um grupo não homogêneo, não idêntico e não numericamente definido. Suas características são: a) Vulnerabilidade jurídico-social; b) Identidade *in statu nascendi* (sempre em processo de recomeço); c) Luta contra-hegemônica e d) Estratégias discursivas. Podem ser considerados minorias: povos indígenas, negros, mulheres, homossexuais, ciganos, etc. Ver: SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (orgs.). *Comunicação e cultura das minorias*. São Paulo: Paulus, 2005.

34 Conforme dados da União Interparlamentar (UIP), o Brasil ocupava em 2017 o 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo. O estudo pode ser visto em: [https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm\\_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm\\_campaign=550dedbec7-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_02\\_23&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957](https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm_campaign=550dedbec7-EMAIL_CAMPAIGN_2017_02_23&utm_medium=email&utm_term=0_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957). Acesso em: 25 mar. 2019.

35 Para um estudo mais detalhado da diferença salarial entre homens e mulheres, recomenda-se a leitura do estudo no *site* do IBGE: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/>

o dispositivo da sexualidade e de gênero, ambos estudados no primeiro estágio desta pesquisa, demonstram que mulheres foram e continuam sendo silenciadas e subalternizadas por séculos, o que parece não condizer com a aplicabilidade da CF de 1988 e, conseqüentemente, com a construção de um constitucionalismo feminista.

Desse modo, conforme Juliana Gomes (2016), o primeiro caso que trouxe o gênero à porta do STF e envolveu direito previdenciário, ao discutir os limites estabelecidos na Emenda Constitucional n. 20 de 1998. Tratava-se de um caso que questionava a mulher gestante e a contribuição enquanto estivesse em licença-maternidade. Assim:

[...] Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal [...]. (ADI n. 1946, STF)

O relator, ministro Sydney Sanches, entendeu que a partir da Constituição de 1932, o legislador “vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária” (ADI n. 1946/STF). Assim, entende ele que este dispositivo foi mantido mesmo após a promulgação da CF de 1988, determinando no artigo 6º a proteção à maternidade e, conforme artigo 7º, inciso XVIII, garantia a licença à gestante com duração de 120 dias (ADI n. 1946/STF).

Como ilustração, a decisão prossegue nessa perspectiva ao dizer que ficaria facilitada

e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. (ADI n. 1946/ STF)

...

releases/18376-pnad-continua-2016-10-da-populacao-com-maiores-rendimentos-concentra-quase-metade-da-renda.html. Acesso em: 13 set. 2019.

A partir desse ponto de vista, percebe-se que a decisão abraçou a perspectiva do constitucionalismo feminista, por estabelecer que a proteção à maternidade é um encargo previdenciário, contribuindo para a inclusão da mulher no mercado de trabalho. Caso fosse julgado ao contrário, a decisão iria de encontro com os parâmetros do constitucionalismo feminista, por ferir direitos fundamentais das mulheres.

Em 2009, a Corte decidiu sobre um caso que trata da constitucionalidade de alguns artigos da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) por meio de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC n. 19/STF). Como sabido, com a Lei Maria da Penha, mulheres passaram a ter proteção do Estado, já que estão mais suscetíveis a serem vítimas de violência. Nos termos da ementa:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI N. 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei n. 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira [...] (ADC n. 19/STF)

A questão é emblemática, já que, por meio dessa decisão, a Corte sob uma perspectiva de gênero arrolou todo o passado de desigualdade de gênero e de violência existente na sociedade brasileira. Assim, o ministro Marco Aurélio entendeu que o art. 1º da referida lei foi criado “sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. [...]” (ADC n. 19/STF). Ademais, considerou que o art. 41 dessa lei está em consonância com o parágrafo 8º, do art. 226 da CF, ao estabelecer que é competência de o Estado criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar.

Merecem destaque as posições das duas únicas ministras da Corte, Rosa Weber e Cármen Lúcia, considerando que, pela lente do constitucionalismo feminista, é fundamental a participação das mulheres e de minorias em seus quadros. Conforme entendimento da ministra Cármen Lúcia, a presença de ações como essa em discussão significa “que a luta pela igualação e pela dignificação (das mulheres) está longe de acabar” (ADC n. 19/STF). Com relação à desigualdade de gênero e à violência, a ministra destacou:

Enquanto houver situações de violência, temos de ter o tratamento para fazer leis como essa, que são políticas afirmativas, que fazem com que a gente supere – não para garantir a igualdade de uma de nós: juízas, advogadas, senadoras, deputadas, servidoras públicas –, mas a igualação, a dinâmica da igualdade, para que a gente um dia possa não precisar provar que nós precisamos estar aqui porque, sendo mulher, tanto não seria o “normal”. **E digo isso, porque alguém acha que, às vezes, uma juíza deste Tribunal não sofre**

**preconceito. Mentira! Sofre!** Não sofre igual a todas as mulheres, outras sofrem mais do que eu. Mas, sofrem. Há os que acham que isto aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas: “Mas, também, lá agora tem até mulher”. (ADC n. 19/STF, grifo nosso)

Observa-se que o voto expõe a discriminação sofrida por mulheres de diferentes classes sociais, econômicas e políticas em decorrência da desigualdade de gênero. Constatação disso é que historicamente no Brasil “a mulher não podia ler, porque era relação de poder, não era de afeto; não podia votar, porque não era nem gente, que dirá cidadã! E que dirá depois querer mesmo ser juíza! Não podia!” (ADC n. 19/STF). Embora não citando o constitucionalismo feminista, o voto afirma que “isto tudo [...] vai contra o que é o constitucionalismo contemporâneo, que, no processo de igualação, funciona para superar a indiferença às diferenças” (ADC n. 19/STF). Por fim, a ministra Cármen Lúcia votou pela constitucionalidade dos artigos em discussão da Lei Maria da Penha.

O voto da ministra Rosa Weber declara que “a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microsistema de proteção à família e à mulher [...]” (ADC n. 19/STF). Também diz que é impeditivo ter em mente que o art. 1º da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) é inconstitucional, considerando que as mulheres estão inseridas “em uma sociedade machista e patriarcal [...]”, com desequilíbrio nas relações de gênero, tornando obrigatória “a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio” (ADC n. 19/STF).

Na esteira desse debate, o voto estabelece que “a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado” (ADC n. 19/STF). Ainda, faz uma constatação histórica do desfavorecimento da mulher, fator que imputou ao legislador promover direitos protetivos, como o direito à aposentadoria com menor tempo de contribuição e menos idade, em comparação ao homem (art. 201, § 7º, I e II, da CF). Por fim, a Corte declarou por unanimidade a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Em 2012, uma outra decisão importantíssima foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade da interpretação relativa à tipificação penal da interrupção de gravidez de feto anencéfalo (arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal). Foi concedida pelo relator ministro Marco Aurélio, em 2004, liminar *ad referendum*, para que os processos relativos a esse tema ficassem sobrestados. A liminar possibilitou que gestantes pudessem se submeter a esse tipo de procedimento, caso se enquadrassem nos dispositivos penais em discussão. Nessa linha, o relator em seu voto afirmou que manter a gestação de um feto anencéfalo resulta na imposição “à mulher [e] à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina”

(ADPF n. 54/STF). Entretanto, depois de seis meses, a liminar foi parcialmente cassada em plenário, mantendo-se somente a suspensão das decisões sem trânsito em julgado. Em 26 e 28 de agosto de 2008, foi realizada na sede do STF uma audiência pública para possibilitar a participação de entidades que participam do processo judicial.

Conseqüentemente, após a realização de audiência pública, a Corte decidiu por maioria de votos<sup>36</sup> ser “inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (ADPF n. 54/STF). O ministro relator Marco Aurélio afirmou que a sobrevivência do anencéfalo por poucas horas ou dias “não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”. Assim, esse direito “cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde [...] todos previstos na Constituição Federal” (ADPF n. 54/STF). Por fim, na linha de debates, o ministro Joaquim Barbosa entendeu que “os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher [...]” (ADPF n. 54/STF).

É importante esclarecer que este caso foi lido e interpretado por meio da lente do constitucionalismo feminista, considerando a aderência dos votos ao direito à autonomia sexual e aos direitos reprodutivos. Não obstante, os ministros decidiram pela inconstitucionalidade da tipificação penal em caso de interrupção de gravidez de anencéfalo, significando que utilizaram a perspectiva de gênero, embora como já discutido, sem a intenção de estarem interpretando conforme o constitucionalismo feminista.

Outro caso envolvendo a licença-maternidade ocorreu em 2016, sob relatoria do ministro Roberto Barroso, que tratava da equiparação em licença-maternidade de criança biológica

...

36 Os votos vencidos foram dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. O voto do ministro Cezar Peluso evoca contra a “defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar **alguns supostos direitos superiores da mãe**, como saúde psíquica e liberdade pessoal[,] seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo [...]”. O ministro continua dizendo que “a dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional”. Por fim, para ele, caberia somente ao Parlamento “descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade [...]” (ADPF n. 54/STF). No que se refere ao outro voto dissidente, Lewandowski defende ser improcedente o pedido por usurpar “a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido”. Destaca-se que, em seu voto, não há nenhuma referência aos termos “mulher” e “direitos reprodutivos”. Desse modo, ambos os votos estabelecem critérios antagônicos aos direitos das mulheres e de gênero, ilustrando a inexistência de preocupação da aplicabilidade dos parâmetros do constitucionalismo feminista.

e de adotada. O relator entendeu que “a licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias” (RE n. 778.889). Ainda, considerou que, ao interpretar dessa forma, se orientou à luz da dignidade da pessoa humana e da igualdade dos filhos (biológicos e adotados). Por fim, entendeu que esse caso em concreto se trata sobre a “tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida”, na qual o Estado não deve interferir (RES n. 778.889).

Em suma, o caso aqui discutido versa sobre a inclusão de uma perspectiva de gênero no direito constitucional. Assim, conforme Heloisa Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2017), o direito de autonomia da mulher refere-se ao direito de a mulher controlar a sua própria vida, na medida em que independe dos bons costumes da sociedade. Nesse caso específico, a Suprema Corte decidiu sob uma perspectiva de gênero, ao entender que cabe à mulher decidir sobre o futuro de sua vida. Consequentemente, a discussão é transferida do papel do direito à licença-maternidade para um olhar que coloque como protagonista o espectro da mulher na tutela jurídica.

Em 2016, a Primeira Turma do STF decidiu um caso envolvendo a prisão preventiva de uma mulher por ter realizado o tipo penal do aborto, ou seja, a interrupção voluntária da gestação, no primeiro trimestre. Conforme o voto do ministro Roberto Barroso, a interpretação dos arts. 124 a 126 do Código Penal deve ser feita à luz da Constituição Federal de 1988, “para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” (HC 124.306, STF). Ainda, caso a mulher gestante tivesse sido criminalizada, ocorreria a violação de “direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade” (HC 124.306, STF). Na ocasião, o Tribunal considerou que tipificar o crime de aborto neste caso acarretaria na violação dos seguintes direitos fundamentais: “os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria” (HC 124.306/STF).

O voto do ministro também destacou que a criminalização atinge principalmente as mulheres pobres, que não têm acesso a clínicas privadas e recorrem ao sistema público de saúde, o que resulta em casos de automutilação, lesões graves e a morte (HC 124.306/STF). Nessa perspectiva, o STF inovou ao trazer novamente uma perspectiva de gênero, construindo um esboço para o constitucionalismo feminista. O relator do acórdão teve uma percepção de interpretar o caso à luz dos direitos das mulheres e do gênero.

Como pano de fundo, a Corte levou em consideração a época de elaboração do Código Penal (CP), que é 1940. Assim, ao se discutir questões relativas à legislação repressiva brasileira no âmbito do aborto, deve-se lembrar que, como destacado por André Freire Azevedo

(2017, p. 245), está “em circunstâncias sociais absolutamente distintas das atuais”. Na década de 1940, época da promulgação do CP, o contexto da sociedade brasileira era “ainda mais machista e patriarcal, em que pouco se cogitava de um exercício da sexualidade feminina que não estivesse circunscrito às finalidades reprodutivas” (AZEVEDO, 2017, p. 245). Os desdobramentos e debates teóricos relacionados ao gênero, como estudado no primeiro estágio desta pesquisa, aludem à importância dos movimentos feministas, que denunciaram a inferiorização e desigualdade de mulheres, o que contribuiu para práticas de subalternidade e de violência (AZEVEDO, 2017).

Nessa esteira de debates sobre o direito a interrupção da gravidez, ainda em 2016, chega ao tribunal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581, que discute sobre a interrupção de gravidez para mulheres infectadas pelo Zika vírus.<sup>37</sup> Nesse caso, o autor (Associação Nacional de Defensores Públicos) argumenta que há um problema de políticas de saúde pública ao se tratar dessa epidemia, que demonstrou “uma forma inadequada de lidar com uma epidemia de grande porte, com consequências catastróficas à saúde da população, e potencial de tornar-se pandemia” (ADI n. 5.581/STF). O autor também questiona os dispositivos da Lei n. 13.301/2016, que versa sobre a adoção de medidas de vigilância sanitária em relação ao vírus da Zika e outros.

Por meio de uma decisão monocrática, a ministra relatora Cármen Lúcia intimou o advogado-geral da União e o procurador-geral da República para manifestação sobre o caso. Como resultado, o procurador-geral da República deu parecer pela realização de audiência pública para ouvir as partes interessadas e esclarecimentos das políticas públicas existentes relativas ao Zika vírus.<sup>38</sup> O processo ainda está em andamento e teve seu julgamento agendado para o dia 22 de maio de 2019. Na linha de debates, a Advocacia do Senado deu parecer contra a realização do aborto por mulheres grávidas infectadas pelo Zika vírus, “por falta de amparo legal, uma vez que não confluem na espécie os requisitos autorizadores; e, muito especialmente, porque as pretensões veiculadas na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade devem ser resolvidas no âmbito legislativo [...]”.<sup>39</sup>

...

<sup>37</sup> Conforme Pedro Vasconcelos, o “vírus Zika tem causado doença febril, acompanhada por discreta ocorrência de outros sintomas gerais, tais como cefaleia, exantema, mal-estar, edema e dores articulares, por vezes intensas. No entanto, apesar da aparente benignidade da doença, mais recentemente na Polinésia Francesa e no Brasil, quadros mais severos, incluindo comprometimento do sistema nervoso central (síndrome de Guillain-Barré, mielite transversa e meningite), associados ao Zika têm sido comumente registrados, o que mostra quão pouco conhecida ainda é essa doença” (VASCONCELOS, 2015).

<sup>38</sup> Ver parecer do procurador-geral da República: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>39</sup> Ver parecer da Advocacia do Senado: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/09/09/parecer-da-advocacia-do-senado-sobre-o-aborto-de-fetos-afetados-pelo-zika-virus>. Acesso em: 15 mar. 2019.

Esse caso judicial, por ainda estar em trâmite, não possibilita que esta pesquisa tenha juízo de valores relativos ao modo de leitura e de interpretação do caso na Corte. Como consequência, pode-se dizer que por meio do *backlash*,<sup>40</sup> há a incidência da inclusão de dispositivos contrários ao constitucionalismo feminista relativos a esse tema, como a reabertura do trâmite da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 29/2015,<sup>41</sup> conhecida como “PEC da vida”, pelo parlamento brasileiro.

Desse modo, embora os casos relacionados à interrupção de gravidez e ao aborto, discutidos neste trabalho, envolvam situações diferentes, a fundamentação material é igual. Assim, ambos tratam de direitos fundamentais das mulheres, como: direitos reprodutivos e sexuais, direito de autonomia e de direito a escolhas. É ainda mais problemático esse caso do Zika vírus, por se tratar de uma epidemia, na qual a maioria das gestantes economicamente pobres não terão a assistência do Estado para cuidar de seus filhos com dignidade. Apesar de o caso ainda não ter sido julgado, espera-se que a relatora e os demais ministros julguem com uma perspectiva de gênero em sua decisão, para que, assim, evoquem e contribuam para a construção de um constitucionalismo feminista.

Saindo do escopo metodológico do trabalho – mas merecendo destaque – encontra-se a decisão controversa do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao considerar que a gravidez não justificaria a remarcação de teste físico em concurso público. Conforme o relator do caso, o ministro Sérgio Kukina, seria “inviável a remarcação de data para teste físico em concurso público naqueles casos em que os candidatos se encontram impossibilitados por doença ou outra condição desfavorável” (RMS n. 51.428/STJ). O ministro ainda considerou que

não se pode dispensar tratamento diferenciado a candidato ou candidata em razão de alterações fisiológicas temporárias ou força maior, quando há previsão no edital que veda

...

<sup>40</sup> *Backlash* significa, grosso modo, uma reação contrária às decisões da Suprema Corte. Convém ressaltar que essa reação é subjetiva, considerando que depende de quem a propõe. Em uma perspectiva do constitucionalismo feminista, este trabalho entende que com a aprovação da PEC n. 29/2015 haverá um grande retrocesso em matéria de direito das mulheres e de gênero e, conseqüentemente, um distanciamento para a aplicabilidade de uma lente que respeite o constitucionalismo feminista. Embora não seja objeto desta pesquisa, para compreender mais sobre *backlash*, ver o seguinte artigo: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.; RAGE, Roe. Democratic constitutionalism and Backlash. *The Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 373, p. 374-376, 2007. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169/). Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>41</sup> A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 29, de 2015, tem como objetivo acrescentar no art. 5º a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. A tramitação da PET encontra-se disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em: 20 mar. 2019.

a realização de novo teste de aptidão física em homenagem, dentre outros, aos princípios da igualdade e impessoalidade que regem os concursos públicos. (RMS n. 51.428/STJ)

Nesse quadro, o STJ optou por uma decisão que foi de encontro ao constitucionalismo feminista, ao replicar e estancar conceitos retrógrados que contribuem para a desigualdade de gênero entre homens e mulheres. Conforme essa decisão, o ônus da gravidez caberia exclusivamente à mulher, não sendo possível um tratamento jurídico diferenciado. Por sorte, a decisão foi reformada em outubro de 2017, por meio de um Recurso Extraordinário ao STF, no qual o ministro relator Luiz Fux decidiu que a condição especial da mulher “não deve ser interpretada em seu desfavor”, já que a Constituição Federal de 1988 “dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, em seu artigo 6º., bem como preceitua, no § 7º. do artigo 226, o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferência externas” (RE n. 1.058.333/STF).

Ainda, o relator entendeu que “não há como se ter considerar contrariado o princípio da isonomia, que, conforme assente na doutrina, consiste justamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades” (RE n. 1.058.333/STF). O Tribunal reconheceu o direito à candidata grávida em remarcar o exame físico, garantindo o direito à igualdade material, dignidade humana, liberdade reprodutiva, direito ao planejamento familiar e o direito à saúde.

Para complementar, o RE n. 658.312 trata da recepção do art. 384 da CLT pela CF, para que seja declarado acerca da constitucionalidade ou não do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Sob relatoria do ministro Dias Toffoli, a Corte se pronunciou pela constitucionalidade do artigo, ou seja, pela recepção constitucional desse direito, conforme ementa do processo: “o princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual” (RE 658.312/STF). Esse princípio fornece parâmetros que possibilitam um tratamento diferenciado entre homens e mulheres.

Com efeito, o relator decidiu que a Constituição “deixou excepcionada a possibilidade de tratamento diferenciado, por opção do constituinte”, permitindo um tratamento especial entre homens e mulheres. Por meio desse ponto de vista, os critérios utilizados para essa diferenciação entre homens e mulheres permite as seguintes considerações: (i) a exclusão histórica da mulher no mercado de trabalho e a imposição de legislações que implementem políticas protetoras no direito do trabalho; (ii) aspectos biológicos para o tratamento diferenciado; (iii) perspectiva social da mulher, por trabalhar no lar e no mercado de trabalho (RE n. 658.312/STF).

O relator entendeu que “esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado, desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais das mulheres e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças”

(RE n. 658.312/STF). Nesse quadro, o ministro Toffoli concluiu que “o art. 384 da CLT foi recepcionado pela atual Constituição, visto que são legítimos os argumentos jurídicos a garantir o direito ao intervalo” (RE n. 658.312/STF).

Nesse julgamento, cabe destacar o diálogo entre os ministros:

Ministro Marco Aurélio: Observo a ordem natural das coisas: o mercado é impiedoso.

Ministra Cármen Lúcia: Em relação a nós mulheres, não tem sido só o mercado, a sociedade inteira, historicamente, tem sido, Ministro.

Ministro Marco Aurélio: Haja vista a composição do Supremo. (RE n. 658.312/STF)

Nota-se que, conforme a fala do ministro Marco Aurélio, ainda há um longo caminho a percorrer no que se refere a uma maior participação de mulheres como ministras do STF. Nessas circunstâncias, o constitucionalismo feminista busca uma maior participação de mulheres e de minorias em seu quadro de funcionários.

Embora a Corte tenha decidido pela recepção do art. 384 da CLT pela CF, foram imputados embargos de declaração que resultaram na “nulidade do julgamento do feito por ausência de intimação dos atuais defensores do embargante” (RE n. 658.312/STF). O recurso extraordinário ainda não tem data para ser julgado novamente.

Por fim, o STF decidiu em fevereiro de 2018 sobre a prisão domiciliar para mulheres grávidas e mães de crianças, sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. A ementa do julgado traz elementos importantes, como a cultura do encarceramento, a situação degradante e privada de atenção médica nos períodos pré-natais e pós-parto e a inexistência de berçários e creches nos presídios brasileiros. A Segunda Turma da Corte votou pelo conhecimento do pedido de *habeas corpus*, ou seja, possibilitou a substituição da pena preventiva por domiciliar de mulheres presas, sejam elas mães de crianças (até 12 anos ou com deficiência) e gestantes (HC 143.641/STF).

Verifica-se, portanto, um problema do encarceramento das mulheres. E, embora elas representem somente 5,8% do total de presas, a taxa de aprisionamento aumentou 503% em 15 anos (BOITEUX, 2018). Ainda, a maioria é pobre, muitas são abandonadas pelos companheiros e, quando estão grávidas, são mais vulneráveis, por estar inseridas em condições perigosas de vida (BOITEUX, 2018). Nesse aspecto, o STF contribuiu para um desenho de um constitucionalismo feminista, ao entender que mulheres grávidas e mães possam cumprir pena domiciliar, garantindo o direito à saúde dela e da criança.

Em todos os casos judiciais, esta pesquisa tratou de examinar as discussões teóricas e as jurisprudências que envolvessem o constitucionalismo feminista e, conseqüentemente, os direitos fundamentais das mulheres e a inclusão de uma perspectiva de gênero no direito constitucional. Além disso, tentou-se expandir os estudos de casos por meio de um aporte histórico das situações de desigualdade de gênero que estavam acopladas à jurisprudência do STF.

Como demonstrado, embora muitos avanços tenham ocorrido na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, percebe-se que há uma lentidão nesses processos e uma cifra oculta, considerando que existem poucos casos relacionados ao gênero na corte. Ainda, ao maximizar a abrangência jurisprudencial de gênero a outros tribunais, por exemplo, o STJ, ficam claras a falta de preparo teórico e as noções jurídicas equivocadas relacionadas à temática de gênero, o que nada contribui para uma construção de um constitucionalismo feminista no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já dizia a cantora Rita Lee que o “sexo frágil não foge à luta e nem só de cama vive a mulher”. Portanto, percebe-se que o papel da mulher na sociedade está intrinsecamente relacionado com as categorias e o discurso de gênero. Assim como a letra da canção, por meio do gênero também é possível desconstruir para reconstruir uma nova narrativa para o papel da mulher na sociedade.

Nesse quadro, os movimentos feministas possibilitaram a ressignificação do papel da mulher na sociedade tanto no âmbito das relações familiares quanto trabalhistas, políticas e culturais. Falar de gênero em um país em que 81% dos homens consideram o Brasil um país machista, conforme pesquisa da ONU Mulheres,<sup>42</sup> é ter coragem. Ter coragem para quebrar estigmas, preconceitos, desinformação, estereótipos e *fake news*. Nesta literatura, as mulheres foram excluídas da vida política e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, durante a maior parte da nossa história. E, quando o Judiciário opera dentro de um sistema de precedentes, mesmo que as mulheres ocupem espaço apropriado nos tribunais, continuarão vinculadas por leis e precedentes desenvolvidos pelos homens.

No campo dos tribunais, as mulheres ainda são minorias<sup>43</sup> e os cargos de chefias são ocupados majoritariamente por homens. Por exemplo, no STF, dos 11 ministros, somente 2 são mulheres. Ainda, a dificuldade do operador de direito em absorver uma perspectiva de gênero por meio do constitucionalismo feminista é encontrada em decisões que muitas vezes são equivocadas, por exemplo, a do STJ ao considerar que o ônus da gravidez caberia à mulher no concurso público ou em outros casos não discutidos nesta pesquisa, como o feminicídio.<sup>44</sup>

...

<sup>42</sup> Ver pesquisa da ONU Mulheres que constatou: “81% dos homens consideram o Brasil um país machista, aponta pesquisa inédita da ONU Mulheres”. Pesquisa disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/81-dos-homens-consideram-o-brasil-um-pais-machista/>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>43</sup> Ver o panorama da participação feminina nos tribunais brasileiro: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI252563,61044-Veja+raiox+da+participacao+feminina+nos+Tribunais>. Acesso em: 13 set. 2019.

<sup>44</sup> O feminicídio é um crime de ódio previsto no art. 121, parágrafo 2º, VI e VII, do Código Penal. Recomenda-se a leitura dos seguintes artigos: Castilho (2016) e Campos (2015).

Desse modo, o constitucionalismo feminista é desafiador porque urge pela inserção da perspectiva de gênero na interpretação e ressignificação da Constituição. Como perguntas nas etapas anteriores deste trabalho: a Constituição de 1988 foi feita para quê? Para quem? Por quem? Ao que parece, foi feita para e por homens, de cor branca, heterossexuais e cristãos. Ainda, mesmo que constitucionalistas considerem a CF neutra, observa-se uma perspectiva masculina na norma e no texto constitucional.

Esta pesquisa entende como primordial o papel do STF na aplicabilidade da lente (ou perspectiva) do constitucionalismo feminista, considerando que cabe a essa Corte a proteção dos direitos fundamentais previstos na constituição. Ainda mais, cabe a ela o controle de constitucionalidade para declarar inconstitucional algum ato legislativo ou do Poder Executivo. Em tempos de propostas de emenda à Constituição que limitam os direitos das mulheres e de gênero, a Corte tem um papel incisivo na construção e na articulação de um constitucionalismo feminista, respeitando suas competências e diretrizes estabelecidas em lei.

Nessa perspectiva, respondendo ao problema de pesquisa, observa-se que embora os casos relativos a gênero sejam poucos na Suprema Corte, suas decisões abraçaram a lente do constitucionalismo feminista, resultando na utilização de parâmetros que garantiram o direito à igualdade de gênero e outros direitos fundamentais. Nota-se também que, pelo fato de o Supremo ser constituído por maioria de homens, torna-se dificultosa a aplicabilidade do constitucionalismo feminista, considerando a necessidade de escutar e possibilitar a participação de mulheres e de minorias no espectro jurídico, inclusive em seus quadros de ministros e juízes.

Para além disso, é necessária uma análise feminista da jurisprudência constitucional por meio do direito comparado, por exemplo, na análise entre as decisões da Suprema Corte brasileira e do Tribunal Constitucional espanhol, na qual se constata que a jurisprudência é mais madura em relação aos direitos das mulheres e de gênero. Por meio desse método de estudo, o direito e a ciência jurídica se abrem para novas experiências e métodos interpretativos na jurisprudência.

Como resultado, é preciso superar a influência dos estereótipos e da discriminação na interpretação de casos em que, supostamente baseados em documentos legais neutros, foram interpretados como não aplicáveis às mulheres por preconceitos culturais, bem como buscar uma interpretação que procure não só a igualdade formal mas também a igualdade material, que retire a mulher do seu local de subordinação em relação aos homens (sexual, profissional e política), caminhando para uma interpretação constitucional feminista.

Por fim, é importante que as escolas e faculdades de Direito promovam um constitucionalismo feminista em suas disciplinas, para que o gênero penetre todos os campos de saberes que se inter-relacionam com as ciências jurídicas. A partir dessa inclusão, juristas terão mais facilidade em olhar a Constituição Federal sob um ângulo que incida o gênero.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *STJ decide que transexual pode alterar gênero na carteira de identidade*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/stj-decide-que-transexual-pode-alterar-genero-na-carteira-de>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. In: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Acesso em: 19 fev. 2018.

ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ALVAREZ, Sonia E. Para além da sociedade civil: reflexões sobre o campo feminista. *Cadernos Pagu*, n. 43, p. 13-56, jan./jun. 2014.

AZAMBUJA, Cristina Spengler. *O papel social da mulher brasileira nas décadas de 30 a 60, retratada através das propagandas veiculadas na revista O Cruzeiro*. Disponível em: <http://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/viewFile/834/1046>. Acesso em: 15 fev. 2018.

AZEVEDO, André Freire. Direito ao aborto, genero e a pesquisa juridica em direitos fundamentais. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n. 26, p. 236-261, ago. 2017.

BAINES, Beverley; RUBIO-MARIN, Ruth. Introduction – Toward a feminist constitutional agenda. In: BAINES, Beverley; RUBIO-MARIN, Ruth. *The gender of constitutional jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. Introduction: the idea and practice of feminist constitutionalism. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.

BAINES, Beverle; RUBIO-MARIN, Ruth. Feminist Constitutionalism in Canada. In: OLIVER, Peter; MACKLEM, Patrick; DES ROSIERS, Nathalie. *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. Oxford: Oxford Handbooks, 2017.

BALAGUER, María Luisa. *Mujer y constitución: la construcción jurídica del género*. Madrid: Ediciones Cátedras, 2005.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; JUNIOR, Vitor de Azevedo Almeida. (Des)igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Countermajoritarian, representative, and enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 88, 2013.

BHAT, P. Ishwara. Constitutional feminism: an overview. 2 SCC (Jour) 1, 2001. Disponível em: [http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com\\_content&itemid=54&do\\_pdf=1&id=945](http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com_content&itemid=54&do_pdf=1&id=945). Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL, Constituição Federal de 1932. 1932a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*, 1932b.

BRASIL. *Constituição Federal*, 1988.

BRASIL. *Código Civil*, 1916.

BRASIL. *Decreto n. 4.388*, de 25 de setembro de 2002.

BOITEUX, Luciana. *Encarceramento feminino e seletividade penal*. Disponível em: <http://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/encarceramento-feminino-e-seletividade-penal/>. Acesso em: 1 mar. 2018.

BUTLER, Judith. *Gender trouble*. Feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 1990.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Bancada feminina*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy\\_of\\_index.html](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html). Acesso em: 18 fev. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. As diretrizes nacionais para investigação do feminicídio na perspectiva de gênero. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 93-106, jan./jun. 2016.

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia – Soberania e Poder Constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, jan./jun. 2010.

CONCEIÇÃO, Antonio Carlos Lima da. Teorias feministas: da “questão da mulher” ao enfoque de gênero. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção – CCHLA*, n. 8, p. 738-757, dez. 2009.

COSTA, Malena. *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2016.

CRUZ, Madge Porto; COSTA, Francisco Pereira da. Os direitos humanos das mulheres e os crimes sexuais: realidade e possibilidades da produção da prova para o pleno acesso à justiça. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 42, n. 0, p. 57-72, 2005.

DAVIES, Margaret. Feminism and the idea of law. *feminists@law*, v. 1, n. 1, 2011.

FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. *Una constituyente feminista: ¿Como reformar la constitucion con perspectiva de genero?* Madrid: Marcial Pons, 2017.

FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle. *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009.

GOMES, Juliana. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 15, 2016.

HIGGINS, Tracy E. Democracy and feminism. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 8, p. 1.657-1.703, jun. 1997.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press: Cambridge, 2007.

IBARRA, Lina Fernanda Buchely. Genero y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano. *Revista Ciência Política*, v. 9, n. 18, p. 83-107, 2014.

IBGE. *PNAD Contínua 2016: 10% da população com maiores rendimentos concentra quase metade da renda*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18376-pnad-continua-2016-10-da-populacao-com-maiores-rendimentos-concentra-quase-metade-da-renda.html>. Acesso em: 25 fev. 2018.

KARST, Kenneth L. Woman's constitution. *Duke Law Journal*. Durham, v. 447, p. 447-508, jun. 1984.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-132, dez. 2015.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. University of California, *Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do *judicial review*: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. *Revista Sequência*, n. 66, p. 113-136, jul. 2013.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção a promoção. *Revista Cadernos Pagu*. Florianópolis: v. 26, p. 405-430, jan./jun. 2006.

MADARIAGA, Jasone Astola. Los pactos constituyentes contra natura o la subordinación sistémica de las mujeres. *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 5, 2017.

MANFREDI, Christopher P. *Feminist activism in the Supreme Court: legal mobilization and the women's legal education and action fund*. Vancouver: BC Press, 2005.

MARIE CLAIRE FRANÇAISE. *Femmes d'extrême droite: l'arme du féminisme*. Disponível em: <http://www.marieclaire.fr/photo/451373/1241241/femmes-d-extreme-droite-l-arme-du-feminisme,20240>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MAYERI, Serena. Constitutional choices: legal feminism and the historical dynamics of change. *California Law Review*, v. 93, n. 3, 2004.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Revista Videre*, n. 3, p. 137-159, jan./jun. 2010.

MILEWSKI, Françoise; SENAC, Rejane. Gender equality: a European challenge at the crossroads of economics, law and politics. *Revue de l'OFCE*, Paris, v. 134, p. 189-200, 2014.

MILLARD, Eric. Droit et Genre. Sonia Leverd. Les nouveaux territoires du droit, *L'Harmattan*, p. 87-104, 2013.

MONTANEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. In: CORTSVALENCIANES. *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Valencia: Corts Valencianes, 2014.

PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 23, n. 45, p. 239-260, 2003.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

PITKIN, Hanna Fenichel. The idea of a constitution. *Journal of Legal Education*, v. 37, n. 2 jun. 1987, p. 169.

PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012.

RIPA, Yannick. *Les femmes actrices de l'Histoire*. France, 1789-1945. Paris: Sedes, 1999.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 5-22, jul./dez. 1990.

SEABRA, Joana Emmerick; ASSIS, Mariana Prandini. Transformando desde as margens: Uma proposta de mapeamento do pensamento social crítico feminista latino-americano. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, p. 465-493, 2016.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (orgs.). *Comunicação e cultura das minorias*. São Paulo: Paulus, 2005.

TEIXEIRA, Daniel Viana. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010.

THE NEW YORK TIMES. *After Weinstein: 51 men accused of sexual misconduct and their fall from power*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2017/11/10/us/men-accused-sexual-misconduct-weinstein.html>. Acesso em: 10 fev. 2018.

TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Sexualidade, gênero e gerações: continuando o debate. In JACÓ-VILELA, AM; SATO, L. *Diálogos em psicologia social [on-line]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012. p. 147-167. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/vfgfh/pdf/jaco-9788579820601-12.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2018.

VANHULST, Julien; BELING, Adrián E. El Buen vivir: una utopía latino-americana en el campo discursivo global de la sustentabilidad. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 12, n. 36, 2013.

VAREA, Soledad; ZARAGOCIN, Sofía. *Feminismo y buen vivir: utopías decoloniales*. Cuenca: PYDLOS Ediciones – Universidad de Cuenca, 2017.

VASCONCELOS, Pedro Fernando da Costa Vasconcelos. Doença pelo vírus Zika: um novo problema emergente nas Américas? *Rev Pan-Amaz Saude*, v. 6, n. 2, 2015.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019, e1930. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201930>.

*Estefânia Maria de Queiroz Barboza*

DOUTORA EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ (PUCPR) COM ESTÁGIO DOUTORAL NA OSGOOD HALL LAW SCHOOL, TORONTO, CANADÁ. MENÇÃO HONROSA NO PRÊMIO CAPES DE TESE DE 2012. PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL DOS PROGRAMAS DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR) E DO MESTRADO EM DIREITO DA UNINTER. PESQUISADORA DO CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO (CCONS).

*estefaniaqueiroz@uol.com.br*

*André Demétrio*

DOUTORANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA) E MESTRANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL NO CENTRO DE ESTUDOS POLÍTICOS E CONSTITUCIONAIS (CEPC), MADRI, ESPAÑA. MESTRE EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ (PUCPR).

*demetrio@outlook.com*

**1** Escola Superior de Propaganda e Marketing – Campus ESPM Sul, Relações Internacionais, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

**2** Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-0183-8564>



# Bitcoin é moeda? Classificação das criptomoedas para o direito tributário

IS BITCOIN CURRENCY? THE CLASSIFICATION OF VIRTUAL CURRENCIES FOR TAX LAW

Melissa Guimarães Castello<sup>1,2</sup>

## Resumo

Este artigo analisa a classificação jurídica das criptomoedas, a fim de, a partir dessa classificação, definir como se deve dar a incidência tributária em operações efetuadas com tais moedas. Para tanto, parte-se da análise do conceito de moeda no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de definir se é viável classificar as moedas virtuais como moeda. No sentido de auxiliar nessa classificação, é efetuada uma breve análise do tratamento dado pelo Direito Comparado à matéria, em especial dos regramentos europeus. O estudo da experiência europeia é útil, na medida em que o Tribunal de Justiça Europeu já teve a oportunidade de decidir, no caso C-264/14 – Hedqvist, sobre a classificação jurídica das *bitcoin*, definindo se há incidência de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) em operações de compra e venda de *bitcoin*. Com base na experiência europeia e no conceito jurídico brasileiro de moeda, conclui-se que é possível considerar, para fins de incidência tributária, que operações financeiras com criptomoedas são semelhantes às operações com moeda estrangeira. A análise é feita tendo como pressuposto a necessidade de classificação de *bitcoin* e congêneres para o direito tributário, não tendo por objetivo estudar os impactos regulatórios que possam se originar a partir desta classificação.

## Palavras-chave

*Bitcoin*; direito tributário; moedas virtuais; incidência tributária.

## Abstract

The article analyzes the legal classification of virtual currencies, in order to define how taxation should be carried out over transactions with these currencies. To do so, the study begins looking at the concept of currency for the Brazilian legal system, in order to determine if it is feasible to classify virtual currencies as currency. To assist in this classification, a brief analysis of the treatment given by Comparative Law, in particular the European Union regulations, is carried out. The study of the European experience is especially interesting since the European Court of Justice has already had the opportunity to decide, in Case C-264/14 - Hedqvist, on the legal classification of bitcoin, determining whether it should be charged a value added tax (VAT) on bitcoin purchases and sales. Based on the European experience and on the Brazilian legal concept of currency, one concludes that it is possible to consider, for purposes of tax incidence, that financial transactions with virtual currencies are similar to operations with foreign currency. The present study focuses on the classification of bitcoin and congeners for tax law, not aiming to study the regulatory impacts that may arise from this classification.

## Keywords

*Bitcoin*; tax law; virtual coins; tax incidence.

## INTRODUÇÃO

As chamadas moedas virtuais, dentre as quais o exemplo mais conhecido é a *bitcoin*, são uma forma de transferir recursos financeiros entre pessoas pela internet. Essas moedas são desenvolvidas em um protocolo de informática chamado *blockchain*, uma tecnologia que permite a transferência de dados de maneira segura e, teoricamente, inviolável. A grande inovação da *blockchain* consiste em dispensar intermediários: os indivíduos têm a alternativa de fazer transações parte a parte, sem a necessidade de ninguém para validar ou assegurar a legitimidade dessas transações. Por consequência, quando há a transferência de recursos financeiros por meio de *bitcoin*, não há um banco para validar essa operação.

Além de dispensar o intermediário para validar suas operações, as moedas virtuais não têm uma característica que tradicionalmente é atribuída às moedas: criptomoedas não têm curso legal em nenhum país. Por consequência, seu valor liberatório de obrigações não é assegurado por nenhuma autoridade estatal. E é exatamente em virtude da falta de curso legal que muitos autores vêm defendendo que moedas virtuais não podem ser consideradas moedas.

Contudo, a análise de operações que vêm sendo feitas com *bitcoin* permite concluir que seus usuários empregam as moedas virtuais como se moedas fossem. Há diversos estabelecimentos comerciais que aceitam pagamento em *bitcoin* e uma parcela substancial dos usuários realiza operações de compra e venda de *bitcoin* como forma de se beneficiar das flutuações cambiais que ocorrem entre a moeda virtual e a moeda de curso forçado em seu país. Em outras palavras, esses usuários realizam operações de câmbio em *bitcoin*.

Ao longo do artigo, com base nos dispositivos legais brasileiros que conceituam moeda, bem como no precedente do Tribunal de Justiça Europeu no caso C-264/14 (Caso Hedqvist), pretende-se demonstrar que é possível classificar operações realizadas em moedas virtuais como se operações em moeda estrangeira fossem, ainda que falte às moedas virtuais o valor liberatório de obrigações, que é inerente às moedas de curso legal.

Diante desse cenário, as perguntas que se impõem, e que serão respondidas ao longo do artigo, são: 1) como tributar uma operação de compra e venda de criptomoedas?; 2) como tributar uma operação em que um estabelecimento comercial recebe moedas virtuais em pagamento pela venda de uma mercadoria ou serviço?

A primeira parte deste artigo será dedicada a explicar o que se entende por criptomoedas, cotejando este conceito com o conceito de moeda do direito brasileiro. Já na segunda parte, passa-se a verificar se, para fins tributários, é possível classificar as operações com moedas virtuais como semelhantes às operações com moeda estrangeira. Por consequência, a resposta às duas questões indicadas no parágrafo anterior surge naturalmente.

Deve ser destacado que a presente análise é feita tendo como pressuposto a necessidade de classificação de *bitcoin* e congêneres para o direito tributário, não tendo por objetivo estudar os impactos regulatórios ou penais que possam se originar caso se considere as criptomoedas como exemplos de moeda.

## I. CONCEITUAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS NO DIREITO BRASILEIRO

Principia-se pela definição de criptomoedas, explicando, de forma breve, o sistema de operação das moedas virtuais. Nesse particular, é relevante ter presente que criptomoedas são o gênero, do qual *bitcoin* é uma espécie. Há diversas outras criptomoedas – também chamadas de moedas virtuais – em circulação (BAJPAI, 2017). *Ether* é a segunda moeda virtual mais conhecida, e é a forma de pagamentos aceita para os usuários dos serviços da *blockchain Ethereum* (COINDESK, 2017). Para os fins deste artigo, os termos *bitcoin*, criptomoedas e moedas virtuais serão utilizados indistintamente, para se referir às criptomoedas que têm mecanismos de funcionamento semelhantes ao da *bitcoin*.<sup>1</sup>

Na primeira parte desta seção, pretende-se conceituar moedas virtuais. Após a definição destas, na segunda parte da seção, o conceito de criptomoedas será confrontado com as principais normas que regulamentam o uso de moeda no direito brasileiro, a fim de aferir a viabilidade de se considerar *bitcoin* e outras moedas virtuais como moedas.

### I.1 BITCOINS E OUTRAS CRIPTOMOEDAS

Criptomoedas são uma forma de transferir recursos financeiros entre pessoas, utilizando a tecnologia chamada *blockchain*. Para bem compreender as criptomoedas, é relevante ter uma noção introdutória de como funciona a *blockchain*.

*Blockchain* nada mais é do que um aplicativo que adiciona à internet uma nova funcionalidade, de forma a propiciar operações econômicas seguras. Essas operações podem ocorrer com pagamento imediato em criptomoedas, mas também por meio do pagamento em moedas oficiais (SWAN, 2015, p. x-xi), de modo que a *blockchain* é algo maior do que as criptomoedas.

Os aspectos de segurança e confiança são o que torna a *blockchain* uma tecnologia tão promissora, tanto que Tapscott e Tapscott (2016, p. 3) lhe denominam “protocolo de confiança”, pois teoricamente assegura a consistência e a imutabilidade dos dados ali registrados. Os autores também explicam a origem do termo *blockchain*: a cada dez minutos, todas as transações efetuadas dentro do sistema são verificadas e registradas em um bloco, que é salvo concomitantemente em computadores de vários voluntários, disponibilizados para este fim; o bloco é vinculado ao bloco anterior, formando uma corrente (*chain*) (TAPSCOTT e TAPSCOTT, 2016, p. 7).

O encadeamento destes blocos de informações permite que se rastreiem todas as operações efetuadas dentro da mesma *blockchain*, motivo pelo qual Swan (2015, p. xi) afirma que esse sistema seria como uma grande planilha de dados. Considerando que as *bitcoin* funcionam

1 Há outras criptomoedas que, por suas especificações técnicas, dificilmente poderiam ser consideradas moedas, como os *tokens* DAO, que são ativos mais semelhantes às ações de uma pessoa jurídica, na medida em que representam uma fração ideal de uma “*Decentralized Autonomous Organization*”, e permitem que seus detentores votem em projetos que serão desenvolvidos por esta organização autônoma (HERTIG, 2018).

em *blockchain*, todas as operações de compra e venda de uma *bitcoin* ficam registradas nesta planilha de dados, sendo possível identificar o computador em que foi efetuada cada ordem de compra e cada ordem de venda.

A grande inovação da *blockchain*, segundo Tapscott e Tapscott (2016), é que o sistema consegue ser ao mesmo tempo público – todos têm acesso à *blockchain*, que está salva na internet, e não em um provedor de uma empresa particular – e criptografado. A criptografia é segura e inviolável exatamente porque a cada dez minutos o sistema gera um novo bloco de informações, e não haveria tempo suficiente para quebrar as chaves criptográficas antes de se formar um outro novo bloco (TAPSCOTT e TAPSCOTT, 2016, p. 6-7).

A maneira como a criptografia é integrada ao sistema, evitando a necessidade de um intermediário para validar a chave criptográfica, é a característica mais estudada da *blockchain* até o momento. É essa característica que permite que as criptomoedas sejam “moedas apátridas”, moedas que circulam na economia sem uma autoridade estatal para assegurar o seu valor ou a sua autenticidade. Ao contrário do que ocorre com as moedas tradicionais, a emissão de moedas virtuais não é controlada por um Estado, e a transferência destas moedas, em tese, não depende da validação por nenhum agente financeiro. A suposta ausência de intermediário entre comprador e vendedor só é possível porque a *blockchain* dispensa uma autoridade para validar a operação de transferência de recursos.

Contudo, na medida em que as criptomoedas são progressivamente mais utilizadas, percebe-se que é um pouco exagerada essa sua pretensão libertária. No caso das *bitcoin*, quem desenhou seu sistema já predefiniu quantas *bitcoin* podem circular no mercado (TAPSCOTT e TAPSCOTT, 2016, p. 35), como forma de conferir-lhe a característica de escassez, e, por consequência, permitir a valorização intensa pela qual essa moeda passou ao longo do ano de 2017 (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2017; INFOMONEY, 2017). Ou seja, o *designer* do *software* fez o papel de Estado, ao definir a quantidade de moeda a ser colocada na economia.

Do mesmo modo, a circulação de *bitcoin* vem sendo progressivamente controlada por algumas empresas especializadas na compra e venda de criptomoedas.<sup>2</sup> Essas empresas, ainda que não atendam aos requisitos oficiais para serem instituições financeiras, estão, na prática, fazendo às vezes de “bancos de *bitcoin*”. A empresa FOXBIT Serviços Digitais S.A. (2017), por exemplo, presta os “serviços disponibilizados pela FOXBIT na plataforma *on-line* para armazenamento e efetivação de transações de compra e venda das CRIPTOMOEDAS”, segundo os Termos de Serviço disponibilizados em seu *site*.<sup>3</sup> Ou seja, atua como uma instituição

...

2 Roma e Silva mencionam as corretoras Mercado Bitcoin e a Bitcoin to You como exemplos de corretoras de criptomoedas no Brasil (ROMA e SILVA, 2016).

3 Ainda que fuja ao escopo deste artigo, é interessante mencionar que esta mesma empresa, para assegurar a licitude das operações que efetua, solicita um cadastro de seus clientes, que devem enviar cópias de

financeira – uma intermediária – armazenando criptomoedas e efetuando transações financeiras em nome de seus clientes. Percebe-se que, na medida em que o uso de moedas virtuais vai amadurecendo, seus usuários sentem a necessidade de uma instituição para dar segurança às operações em *bitcoin*, o que mitiga aquela pretensão libertária original de eliminação dos intermediários.

De outra parte, ainda que sejam chamadas de criptomoedas, a natureza jurídica das *bitcoin* é bastante controversa, e a maior parte dos autores brasileiros defende que elas não são moedas propriamente ditas (VERÇOSA, 2016). Nesse sentido, Silveira (2016), ao tratar do crime de evasão de divisas, afirma que as *bitcoin* não seriam moeda, mas meras *commodities* sem regulação. Por consequência, a evasão de divisas por meio da transferência de recursos para o exterior com o uso de criptomoedas não estaria tipificada no Brasil.

Neste artigo será apresentada uma hipótese alternativa: levando em conta a legislação brasileira sobre moeda, bem como a forma como as moedas virtuais são utilizadas pelo mercado, defende-se que *bitcoin* é moeda, e como tal deve ser tratada pelo direito tributário brasileiro. Para bem compreender os motivos desta hipótese, passa-se à análise da legislação sobre moeda.

## 1.2 ALGUMAS LEIS BRASILEIRAS QUE UTILIZAM O TERMO “MOEDA”

Segundo Duran (2010, cap. 1.1), a moeda exerce três funções para o desempenho da economia: meio geral de troca, reserva de valor e unidade de conta. Esse conceito é econômico, e os juristas tendem a sobrevalorizar a primeira função em detrimento das outras duas, na medida em que moedas usualmente são meio geral de troca por força de alguma lei que estabeleça o curso legal da moeda. Nesse sentido, Teixeira (2017, p. 156) afirma que, após o abandono do padrão-ouro, as moedas fiduciárias somente são aceitas como meio de troca em decorrência da garantia dada por uma autoridade central de que aquele papel-moeda tem capacidade de liberar o devedor da obrigação de pagamento.

Não obstante esse apego dos juristas à necessidade de legislar sobre a moeda, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de texto legal que conceitue claramente moeda, ainda que haja inúmeros artigos de lei que façam referência ao termo, a começar pela Constituição, que, em seu art. 21, VII, atribui à União a competência exclusiva para “emitir moeda”. No sentido em que o termo é utilizado pelo texto constitucional, faz-se referência, evidentemente, à “moeda de curso legal” no território brasileiro, ou “moeda corrente”.<sup>4</sup>

...

documentos; comprovantes de residência; e até mesmo uma *selfie*, segurando o documento de identidade; para provar a identidade de seus clientes. Este parece ser um início de autorregulação de uma moeda que pretende ser não regulada.

<sup>4</sup> O termo “moeda corrente” também é utilizado na Constituição, nos arts. 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que regulam o pagamento de precatórios.

Sobre a expressão “moeda de curso legal”, é interessante o estudo feito por Quiroga Mosquera (2006, p. 76-79). Em sua obra, o autor diferencia claramente as expressões curso legal, curso forçado e poder liberatório da moeda. A moeda tem curso legal quando todas as pessoas de uma determinada comunidade têm a obrigação de aceitá-la; tem curso forçado quando não se pode exigir do emitente da moeda o reembolso em outros ativos; e tem poder liberatório quando é meio juridicamente válido para extinguir obrigações. O Real tem esses três atributos: seu curso legal decorre do art. 1º da Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei do Plano Real;<sup>5</sup> seu curso forçado decorre do art. 318 do Código Civil, que determina a nulidade de convenções de pagamento que não utilizem a moeda de curso legal;<sup>6</sup> e seu poder liberatório é consequência do art. 315 do Código Civil.<sup>7</sup>

Note-se que, ao contrário do Real, nem todas as moedas têm esses três atributos, havendo inúmeros Estados que aceitam moeda estrangeira como forma de pagamento de obrigações em seu território nacional. Nesses países, não há curso forçado, por exemplo. As moedas virtuais, por sua vez, não têm nenhum desses três atributos, na medida em que não há nenhuma comunidade obrigada a aceitá-las – de modo que não há nem curso legal, nem curso forçado – e também porque seu poder liberatório decorre de uma faculdade de quem lhes recebe, não sendo automático, tal qual ocorre com outras formas de quitar obrigações. Portanto, sob esta perspectiva, parece acertada a conclusão dos autores que defendem que moedas virtuais não são moeda.

Não obstante, para emitir uma posição conclusiva sobre a natureza jurídica das *bitcoin*, deve-se analisar a forma como elas são utilizadas. Hoje, as criptomoedas são essencialmente usadas como meio de poupança e aplicação financeira (GUIA DO BITCOIN, 2017), mas também como forma de pagamento.<sup>8</sup> Ou seja, entre os integrantes da comunidade virtual disposta a utilizar *bitcoin*, essa moeda é dotada de poder liberatório, pois a comunidade confia em sua aptidão para extinguir obrigações.

Ademais, já se tem notícia de um Estado que passou a formalmente aceitar *bitcoin* como forma de pagamento: desde abril de 2017, o Japão atribuiu poder liberatório à *bitcoin* (KEIRNS, 2017), e no final de 2017 regulamentou a atividade de câmbio de *bitcoin* e algumas

...

5 “Art. 1º - A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2º da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional”.

6 “Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

7 “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes”.

8 Sobre o uso de *bitcoin* como meio de pagamento, é interessante a experiência narrada em vídeo, em que a repórter passou uma semana pagando suas obrigações rotineiras com *bitcoin* em Nova Iorque (CNBC, 2017).

outras criptomoedas (GRAHAM, 2017). No Japão, portanto, as *bitcoin* têm poder liberatório, ainda que não tenham curso legal ou curso forçado, na medida em que não substituíram o Iene. Moedas virtuais são livremente utilizadas pelos japoneses que acreditam que elas representam uma vantagem em relação à moeda de curso legal, e essa voluntariedade é a chave para definir a classificação de *bitcoin* como moeda.

Quiroga Mosquera (2006, p. 50-57) formula seu conceito jurídico de moeda. Estudando autores nacionais e estrangeiros, o jurista chega à conclusão de que há basicamente duas correntes sobre o conceito de moeda: aquela que privilegia o aspecto positivo, ao dizer que moeda é aquilo definido legalmente como tal, corrente à qual o autor se filia; e aquela que privilegia o aspecto de coesão social, segundo a qual moeda é aquilo que assume o papel especial de facilitar trocas, cujo valor decorre da confiança que a sociedade nela deposita, e não da autoridade estatal.

A corrente positivista apresentada por Quiroga Mosquera indiscutivelmente apresenta problemas, pois, como dito no início deste tópico, o direito positivo brasileiro não define moeda; apenas emprega o termo “moeda” quando quer regular o uso deste fenômeno fático. Fazendo-se uma interpretação literal do art. 21, VII, da Constituição (que é o artigo que chega mais próximo a uma definição de moeda), por exemplo, seria possível concluir que moeda é somente aquilo emitido pela União. Esta limitação está evidentemente equivocada, na medida em que moedas estrangeiras são moeda, e não são emitidas pela União. Ou seja, diante da inexistência de um conceito claro de moeda, a adoção da corrente positivista não exclui a possibilidade de considerar moedas virtuais como moeda.

A segunda corrente apresentada por Quiroga, por sua vez, é desenvolvida no Brasil por Cortez, e se mostra especialmente interessante para o estudo das moedas virtuais. Para Cortez (2004, p. 4), o valor das moedas decorre precisamente da confiança nelas depositada pela sociedade. Nessa mesma linha, Harris (*apud* FOBE, 2016, p. 41) afirma que a moeda é um fenômeno social, exemplificando com uma nota de dólar, que não tem valor em si, mas só é dotada do valor que a sociedade lhe atribui.

Essa segunda corrente trabalha fortemente com o fator confiança. Ao tratar do tema, Duran (2010, cap. 1.1) destaca que, em processos inflacionários, a moeda definida pelo Estado como meio geral de troca tem dificuldades em servir como reserva de valor ou unidade de conta, por não desempenhar seu propósito. Em casos extremos, essa moeda corroída pelo processo inflacionário passa inclusive a ser recusada como meio de pagamento, segundo a autora. Ou seja, em algumas situações pontuais, nem mesmo a moeda oficial atende às três funções econômicas de uma moeda.

De acordo com a segunda corrente, seria factível classificar *bitcoin* como moeda, pois as moedas virtuais assumiram o papel especial de facilitar trocas entre integrantes de determinada comunidade que lhe atribuiu valor – a comunidade virtual.

Entretanto, é certo que temos uma única moeda de curso legal e curso forçado no Brasil, e o fato de o Brasil atribuir ao Real curso forçado, nos termos do art. 318 do Código Civil

Brasileiro, significa que as *bitcoin* não podem ser utilizadas como meio de pagamento para obrigações contraídas dentro do território nacional, exceto em casos específicos em que se autoriza o pagamento de forma diversa.

Por outro lado, “moeda” e “moeda legal” são expressões que conceituam fenômenos distintos, sendo a primeira mais ampla do que a segunda. Nesse sentido, Ascarelli (*apud* FOBE, 2016, p. 40), ao tratar da possibilidade de títulos de crédito serem considerados moeda, afirma que moeda é aquilo que é efetivamente aceito como meio de troca, de modo que um título de crédito poderia vir a ser considerado moeda. Partindo dessa linha de raciocínio, FOBE (2016, p. 60) classifica as moedas virtuais como “moedas paralelas”, ou seja, moedas não rivais à moeda oficial, mas que concorrem com ela (FOBE, 2016, p. 64). É interessante notar que a autora, para chegar a essa classificação, também coloca as moedas estrangeiras como espécie de moedas paralelas (FOBE, 2016, p. 42).

Dentro do gênero “moeda”, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê – como não poderia deixar de ser – a existência de moeda estrangeira, e dá todo um tratamento específico para estas moedas, cujo mercado de câmbio é regulado pelo Banco Central do Brasil (BCB) por meio da Resolução n. 3.568 de 29 de maio de 2008 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008). Aqui se enfrenta – mais uma vez – a dificuldade de adotar a corrente positivista de conceito de moeda: na legislação analisada não se identificou uma norma explicativa que conceitue moeda estrangeira, de modo que não é possível, à luz dos conceitos jurídicos existentes, afirmar que moeda estrangeira é somente aquela que tem curso legal em outro Estado soberano. É esclarecedora, nesse sentido, a redação do art. 1º da mencionada Resolução BCB n. 3.568/2008, segundo o qual “[o] mercado de câmbio brasileiro compreende as operações de compra e de venda de moeda estrangeira e as operações com ouro-instrumento cambial, realizadas com instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio”. Este artigo somente menciona “moeda estrangeira”, sem conceituá-la.

Pelo exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não obsta quanto a conclusão de que *bitcoin* é moeda, diante da ausência de uma definição clara do que se considera moeda. Ademais, considerando que a moeda de curso legal no país é o Real, como claramente definido no art. 1º da Lei n. 9.069/1995; e que não se estabelece que moedas estrangeiras sejam necessariamente emitidas por Estados soberanos, seria possível enquadrar as moedas virtuais como moedas estrangeiras.

Nesse particular, é especialmente interessante a conclusão a que chega Teixeira (2017, p. 422-423), ao analisar se o monopólio estatal de emissão de moeda é condição necessária para o exercício da soberania. Em uma distinção sutil, mas relevante, o autor conclui que a soberania estatal não se expressa no monopólio de emissão de moeda, mas na própria política monetária. Por consequência, o autor admite a existência de moedas não estatais – como as criptomoedas –, mas ressalta a necessidade de regulação dessas moedas pelo Estado soberano, como modo de assegurar a previsibilidade e a segurança jurídica aos agentes econômicos.

Portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não parece haver vedação à conclusão de que moedas virtuais são espécie do fenômeno moeda estrangeira, considerando-se que ambas são reserva de valor e unidade de conta; bem como que moedas virtuais servem de meio de troca dentre os integrantes da comunidade virtual que escolheu utilizá-las para este fim, da mesma forma que uma moeda estrangeira serve de meio de troca dentre os nacionais do Estado correspondente. Resta analisar, portanto, as consequências tributárias desta afirmação, como se faz na segunda seção deste artigo.

## 2. AS CRIPTOMOEDAS SÃO MOEDA PARA FINS TRIBUTÁRIOS?

Como mencionado na introdução, este artigo se propõe a analisar as consequências tributárias de se considerar *bitcoin* como moeda – mais especificamente como moeda estrangeira. Não se almeja analisar a necessidade de regulação do mercado de moedas virtuais ou mesmo as eventuais consequências penais das operações com estas moedas.

Para a análise aqui proposta, inicia-se com o estudo da experiência europeia de tributação das moedas virtuais, para, em seguida, analisar a situação brasileira. A análise da experiência europeia é pertinente porque, como é sabido, o direito tributário brasileiro nasce e é desenvolvido a partir da leitura dos clássicos europeus (CAMPOS, CAVALCANTE e CALIENDO, 2018, p. 39-44), tendo princípios estruturantes muito semelhantes aos adotados pelos países europeus (ÁVILA, 2012, p. 61), a recomendar esse estudo comparado. O estudo da situação brasileira, por sua vez, engloba não só o cenário atual, como também sugestões de futuras incidências e controles pelos órgãos responsáveis pela arrecadação tributária.

### 2.1 A POSIÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE TRIBUTAÇÃO DE MOEDAS VIRTUAIS

A União Europeia já debateu de maneira extensa a necessidade de regulação das moedas virtuais, mas, ao contrário do Japão, ainda não autoriza a utilização dessas moedas como forma de pagamento, nem regulamentou a atividade de câmbio de criptomoedas. Por outro lado, os parâmetros de tributação da atividade de câmbio já estão bem definidos, devido à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso C-264/14 – Hedqvist.

Sob o aspecto regulatório, a Autoridade Bancária Europeia efetuou um detalhado estudo sobre as criptomoedas em julho de 2014, no qual distinguiu essas moedas daquelas emitidas por um Banco Central, destacando o risco do consumidor que realiza operações com criptomoedas, inclusive o risco tributário de vê-las tributadas como se propriedade fosse (EUROPEAN BANKING AUTHORITY, 2014). Em agosto de 2016, essa mesma autoridade emitiu uma nova opinião, em que reconheceu que será necessário, no futuro, incluir as criptomoedas na revisão da Diretiva (UE) 2015/2366, relativa aos serviços de pagamentos no mercado interno, ainda que se manifeste contrária à inclusão imediata desta forma de pagamento, devido aos riscos inerentes às operações com moedas virtuais (EUROPEAN BANKING AUTHORITY, 2016). Ou seja, a Autoridade Bancária Europeia sinaliza que, em

breve, poderá reconhecer o pagamento em criptomoedas como análogo ao pagamento em moeda, ainda que não tenha segurança para fazer esta afirmação no presente momento. Esses estudos da Autoridade Bancária Europeia serviram de embasamento para que o Banco Central do Brasil emitisse o Comunicado n. 25.306/2014 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014), de que se trata no tópico 2.2 deste artigo.

Sob o aspecto tributário, contudo, a questão já está bem mais desenvolvida. Como mencionado na introdução deste artigo, a Quinta Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar o processo C-264/14 – caso Hedqvist (UNIÃO EUROPEIA, 2015a), decidiu que não incide imposto sobre valor acrescentado (IVA) sobre operações de câmbio da divisa virtual *bitcoin*<sup>9</sup> por divisas tradicionais. Dito caso foi submetido ao TJUE pelo Supremo Tribunal Administrativo da Suécia, por meio do procedimento de reenvio prejudicial estabelecido no artigo 267 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (UE), a fim de que o Tribunal da União Europeia decidisse acerca da adequada interpretação do direito comunitário envolvido na controvérsia.

O contexto fático do caso pode sucintamente ser apresentado da seguinte forma: havia um litígio entre a Administração Fiscal Sueca e o empresário David Hedqvist acerca da incidência de IVA sobre a atividade comercial exercida pelo último, qual seja, operações de câmbio de divisas tradicionais por *bitcoin*. A atividade de Hedqvist se limitava a comprar e vender *bitcoin*, em troca de coroas suecas; ele não efetuava pagamentos em *bitcoin*.

O pedido de decisão prejudicial teve por objeto a interpretação dos artigos 2º, n. 1, e 135, n. 1, da Diretiva 2006/112/CE do Conselho (Diretiva IVA), que trata do sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.<sup>10</sup> A primeira questão prejudicial proposta busca definir se operações de câmbio entre divisas virtuais e divisas tradicionais podem ser consideradas prestação de serviço, para fins de incidência do IVA, nos termos do art. 2º da mencionada Diretiva. Já a segunda questão versa sobre o art. 135 dessa Diretiva, que traz

...

9 O acórdão utiliza o termo “divisas virtuais” para se referir ao fenômeno que vem sendo denominado, ao longo deste artigo, como “moedas virtuais” ou “criptomoedas”.

10 São relevantes para a compreensão do caso os seguintes artigos da Diretiva 2006/112/CE:

“Art. 2º, n. 1. Estão sujeitas ao IVA as seguintes operações:

c) As prestações de serviços efetuadas a título oneroso no território de um Estado Membro por um sujeito passivo agindo nessa qualidade; [...]

Art. 24.º, n.º 1: Entende-se por ‘prestação de serviços’ qualquer operação que não constitua uma entrega de bens.

Art. 135.º, n.º 1. Os Estados Membros isentam as seguintes operações: [...]

e) As operações, incluindo a negociação, relativas a divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório, com exceção das moedas e notas de coleção, nomeadamente as moedas de ouro, prata ou outro metal, e bem assim as notas que não sejam normalmente utilizadas pelo seu valor liberatório ou que apresentem um interesse numismático”.

situações de isenção do pagamento do IVA. Nesse particular, a controvérsia versa sobre a adequada interpretação da alínea *e* do inciso I, segundo a qual “[o]s Estados-Membros isentam [...] e) As operações, incluindo a negociação, relativas a divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório”. Conforme se depreende do contexto fático do acórdão, a expressão “com valor liberatório” procuraria restringir a isenção às moedas propriamente ditas, e não às divisas virtuais.

A primeira questão prejudicial foi solucionada objetivamente pelo TJUE: nos termos do art. 2º, I, da Diretiva IVA, estão sujeitas a este imposto entregas de bens e prestações de serviço efetuadas a título oneroso; as operações efetuadas por Hedqvist ocorrem a título oneroso, pois ele se remunera mediante uma contraprestação correspondente à diferença entre as taxas de câmbio de compra e de venda da divisa virtual; conseqüentemente, operações de câmbio com *bitcoin* são consideradas prestação de serviço, nos termos do art. 24 da Diretiva IVA.

A segunda questão prejudicial demandou uma análise um pouco mais detida por parte do TJUE. O Tribunal apresenta quatro premissas para a análise, já estabelecidas pela jurisprudência do próprio TJUE: 1) as isenções de IVA constituem conceitos autônomos do direito comunitário, que têm por objetivo evitar divergências na aplicação do IVA entre os Estados-membros; 2) tal como ocorre no Brasil, as isenções devem ser interpretadas restritivamente; 3) as isenções previstas no art. 135, I, da Diretiva IVA existem para assegurar o princípio da neutralidade fiscal, de modo que a interpretação restritiva das regras de isenção não pode ser feita de maneira a privá-las de seus efeitos; e 4) a justificativa para isentar as operações de câmbio decorre das dificuldades relacionadas com a determinação da base de cálculo do tributo, bem como do montante de IVA a ser deduzido.

À luz dessas quatro premissas, o TJUE passou a analisar o caso a partir do disposto na alínea *e* do art. 135, I, da Diretiva IVA, segundo a qual são isentas de IVA as operações relativas a “divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório”. Nessa análise, a Advogada-Geral do TJUE, ao proferir seu parecer, indicou que as diferentes versões linguísticas da alínea *e* geram ambigüidade sobre o fato de essa isenção ser aplicável somente às operações relativas com as moedas tradicionais, ou se incide também sobre as operações com moedas virtuais. Sua opinião decorre da versão em inglês da alínea *e*, segundo a qual a isenção se aplica às operações com *currency, bank notes and coins*, sem limitá-la a “divisas com valor liberatório” (UNIÃO EUROPEIA, 2015b).

Para o Tribunal, “se houver divergências linguísticas, o alcance da expressão em causa não pode ser apreciado com base numa interpretação exclusivamente textual. Importa interpretá-la à luz do contexto em que se insere, das finalidades e da sistemática da Diretiva IVA” (UNIÃO EUROPEIA, 2015a). Como se percebe, o Tribunal flexibiliza a interpretação literal da Diretiva IVA, em prol de uma interpretação substancial. A seguir, o Tribunal indica a semelhança entre moedas virtuais e moedas tradicionais, ao afirmar que aquelas, assim como estas, servem para efetuar operações financeiras. Contudo, as moedas virtuais dependem da

prévia aceitação pelas partes envolvidas em uma transação, diversamente do que ocorre nas moedas tradicionais, que têm curso legal.

Ainda que haja essa diferença, o Tribunal pontua que a justificativa para isentar as operações com moedas também está presente quando a operação se dá com moedas virtuais: a dificuldade em definir a base de cálculo do tributo também ocorre neste caso. Por consequência, interpretar a regra de isenção do art. 135, I, *e* como limitada às operações com moedas tradicionais “equivaleria a privar essa disposição de uma parte dos seus efeitos” (UNIÃO EUROPEIA, 2015a), motivo pelo qual o TJUE estende a regra de isenção às divisas virtuais.

Assim, sob o aspecto tributário, a União Europeia decidiu dar tratamento uniforme entre operações de câmbio com divisas tradicionais e operações de câmbio com moedas virtuais. Não há o reconhecimento expresso de que criptomoedas são moedas, mas as consequências jurídico-tributárias de operar com *bitcoin* ou com qualquer outra moeda estrangeira são as mesmas.

Como mencionado na introdução desta seção, a análise da experiência europeia é pertinente em direito tributário brasileiro, uma vez que o direito europeu ainda é a grande fonte de inspiração para a estruturação de nosso sistema jurídico tributário. Assim, ainda que não se mostre recomendável a transposição acrítica das decisões do TJUE para a realidade brasileira, em casos como o presente, em que a decisão foi fundada em princípios e técnicas interpretativas também adotadas pelo direito tributário brasileiro – como a interpretação restritiva de regras de isenção, o princípio da legalidade tributária e a interpretação sistêmica – mostra-se útil analisar a experiência europeia, como subsídio para o processo jurídico-interpretativo do direito brasileiro.

O caso Hedqvist representa situação em que o Tribunal de Justiça Europeu nitidamente buscou dar interpretação sistêmica ao ordenamento jurídico vigente, como forma de abarcar uma nova situação fática na legislação existente. Partindo dos fatos – Hedqvist atuava como operador de câmbio – o Tribunal se afastou da literalidade da Diretiva IVA – a isenção incidia para “divisa com valor liberatório” – para abarcar a operação de Hedqvist na regra de isenção. O mesmo poderia ser feito pelo direito brasileiro, como demonstrado a seguir.

Ademais, o estudo da experiência europeia evidencia que incidência tributária e regulação financeira são fenômenos jurídicos distintos, e independentes um do outro. No exemplo europeu, há a aplicação das normas tributárias sobre as criptomoedas, mesmo que o mercado desses ativos não seja regulado. Havendo geração e circulação de riquezas, as normas pertinentes do direito tributário devem ser aplicadas, independentemente da regulação da atividade econômica.

## 2.2 A POSIÇÃO QUE PODE SER ADOTADA PELO GOVERNO BRASILEIRO

Como é possível depreender da experiência europeia, classificar operações com *bitcoin* como operações com moeda estrangeira impacta a esfera tributária, pois todas as normas tributárias aplicáveis às operações com moeda estrangeira passam a incidir nas operações com

criptomoedas. Adotando-se esta classificação, o contribuinte que está negociando com *bitcoin* passa a ter clareza sobre suas obrigações tributárias decorrentes dessas operações, podendo atuar com maior segurança jurídica.

Atualmente, a situação do contribuinte brasileiro é bem menos clara. A única orientação jurídica de que dispõe diz respeito à forma como declarar criptomoedas na Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física. A esse respeito, a Receita Federal do Brasil (RFB) afirma que as moedas virtuais, por não serem consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas (pelo valor de aquisição) na Ficha Bens e Direitos, como “outros bens”, equiparando-se a um ativo financeiro (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, pergunta 447). Há dois aspectos relevantes nesta orientação: o pressuposto de que *bitcoin* não é moeda, e a consequência tributária de sua inclusão na Ficha Bens e Direitos.

Em relação ao primeiro aspecto, a RFB afirma que as moedas virtuais não são consideradas moeda no marco relatório atual pura e simplesmente porque o Banco Central do Brasil não regulamentou esta matéria. De fato, o BCB já emitiu dois Comunicados sobre moedas virtuais: o Comunicado n. 25.306/2014 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014) e o Comunicado n. 31.379/2017 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017). Em ambos, o Banco Central, inspirado na Autoridade Bancária Europeia, destaca os riscos decorrentes da aquisição de moedas virtuais, como a volatilidade, a ausência de garantia por um órgão governamental e o uso de criptomoedas para atividades ilícitas. O BCB também conclui que o uso dessas moedas ainda não representa nenhum risco para o Sistema Financeiro Nacional, em especial às transações de pagamentos de varejo, motivo pelo qual ainda não se faz necessária a regulamentação deste mercado.

No Comunicado n. 31.379/2017, o Banco Central afirma, ainda, que

[a] denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017)

É com base nesta afirmação que a RFB afasta o caráter monetário das criptomoedas, de modo que é relevante compreender o que é a moeda eletrônica.

A “moeda eletrônica” de que trata o art. 6º, III, *g*, da Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013, consiste nos “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”. A regulamentação desta lei vinculou a moeda eletrônica a transações de pagamento em moeda nacional (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013), motivo pelo qual diversos autores afirmam que a moeda eletrônica não se confunde com as moedas virtuais (BEDICKS *et al.*, 2015). Sem entrar no debate sobre a possibilidade de um regulamento restringir o âmbito de incidência de uma lei (LAAN, 2014), certo é que as normas da Lei n. 12.865/2013 não podem ser automaticamente aplicadas às moedas virtuais,

na medida em que regulam o sistema financeiro nacional, e, por consequência, a moeda de curso forçado no país.<sup>11</sup>

Como exposto no tópico 2.1, o TJUE, no caso Hedqvist, afirmou que, nos termos do relatório do Banco Central Europeu de 2012, as divisas virtuais não se confundem com a moeda eletrônica definida na Diretiva 2009/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, pois esta moeda tem seus fundos expressos “numa unidade de conta tradicional, por exemplo, o euro”. Diversamente do que ocorreu no Brasil, contudo, essa premissa em nada interferiu na conclusão de que as moedas virtuais deveriam receber tratamento tributário idêntico ao das moedas estrangeiras.

Ainda sobre a distinção entre moeda eletrônica e moeda virtual, destaca-se a existência do Projeto de Lei n. 2.303/2015, que “dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015). Esse projeto altera a redação de alguns artigos da Lei n. 12.865/2013, submetendo as operações com *bitcoin* à regulamentação do BCB. Na prática, as moedas virtuais passariam a ser uma espécie do gênero moeda eletrônica. O Projeto de Lei ainda está em fase de deliberação em uma Comissão Especial, tendo passado por uma série de audiências públicas no segundo semestre de 2017.

Em relação ao segundo aspecto da orientação da Receita Federal do Brasil – inclusão das operações com moedas virtuais na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, pelo valor de aquisição –, este se desdobra em dois outros pontos de interesse. Em primeiro lugar, é necessário destacar que o proprietário de moeda estrangeira em espécie também deve declarar esses ativos na Ficha Bens e Direitos, de modo que o tratamento tributário, para fins de Imposto de Renda de Pessoa Física, acaba sendo semelhante, exceto por uma particularidade: a RFB afirma que a venda de moedas virtuais cujo valor da operação é inferior a R\$ 35.000,00/mês é isenta de imposto de renda sobre ganhos de capital (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, pergunta 607), por se enquadrar em operação de venda de bem de pequeno valor; ao passo que as operações de alienação de moeda estrangeira mantida em espécie são isentas quando a venda é igual ou inferior a U\$ 5.000,00/ano (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, pergunta 604). Como se percebe, o tratamento tributário das operações com moedas virtuais acaba sendo muito mais benéfico do que o tratamento das operações com moedas estrangeiras.

...

11 Por outro lado, sob uma ótica estritamente regulatória – e que foge, portanto, ao escopo deste artigo – ROMA e SILVA (2016) afirmam que as corretoras que operam no mercado de *bitcoin* prestam serviços que se enquadram no conceito dos serviços prestados por “instituições de pagamento”, conforme definido no inciso III do art. 6º da Lei n. 12.865/2013, de modo que se submeteriam às obrigações instituídas naquela lei.

Em sentido semelhante, Garcia e Oliveira (2016) sugerem regulação pormenorizada das intermediárias financeiras, como forma de aumentar os requisitos de transparência, *accountability* e registro das operações.

Considerando que os usos dessas duas moedas são muito semelhantes, tal discriminação é anti-isonômica, e não se justifica.

O outro ponto de interesse decorrente da orientação da Receita Federal do Brasil consiste no fato de a compra de *bitcoin* dever ser lançada pelo valor de aquisição. Ao contrário do que ocorre com as moedas estrangeiras, que têm câmbio oficial, as moedas virtuais não têm câmbio regulado, e o valor das operações varia bastante de acordo com o portal de câmbio utilizado. Por consequência, o contribuinte deve se resguardar, registrando o valor pelo qual efetuou a operação, a fim de prestar esclarecimentos à RFB, se for o caso.<sup>12</sup>

A partir da orientação da RFB, é possível constatar que, ao contrário do que ocorreu na União Europeia, onde a ausência de regulamentação da operação financeira das moedas virtuais não teve maiores consequências tributárias, pois o Tribunal de Justiça da União Europeia ordenou um tratamento tributário uniforme entre moedas virtuais e moedas estrangeiras, no Brasil a ausência de regulamentação está gerando um cenário de insegurança jurídico-tributária. Essa insegurança é aumentada no momento em que a autoridade tributária orienta os contribuintes a dar tratamento diferente entre moeda virtual e moeda estrangeira, beneficiando a primeira – um ativo não regulado – em detrimento da segunda. Um tratamento uniforme seria, sem dúvidas, mais isonômico e seguro para o contribuinte.

Por fim, há outras consequências tributárias da classificação de moedas virtuais como moeda estrangeira. Em primeiro lugar, operações com moeda estrangeira são fato gerador de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, nos termos do art. 63, II, do Código Tributário Nacional. O Decreto n. 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta a cobrança de IOF, define, em seus arts. 12 e 13, como contribuintes do IOF os compradores ou vendedores de moeda estrangeira, e como responsáveis as instituições autorizadas a operar câmbio. Logo, considerando-se *bitcoin* como moeda estrangeira, os portais de câmbio de *bitcoin* deveriam reter IOF nas operações por eles intermediadas.

Esses mesmos portais são, indiscutivelmente, prestadores de serviços de câmbio. Como tal, são contribuintes de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), nos termos do item 15.13 da lista anexa à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.

Por fim, nos casos em que as moedas virtuais são utilizadas como meio de pagamento – superada a limitação imposta pelo art. 318 do Código Civil – deve ser tributada a operação

...

12 Acerca da incidência de imposto de renda sobre ganhos de capital, Ribeiro (2017) apresenta uma linha de entendimento contrária à da RFB, afirmando que moedas virtuais não poderiam ser tributadas pelo imposto de renda, porque são meios de pagamento, e não bens.

Considerando que não se afastou a norma do art. 318 do Código Civil Brasileiro, que impõe curso forçado ao Real, parece difícil sustentar as moedas virtuais como mero meio de pagamento, na medida em que elas não representam uma quantia monetária em Real.

econômica subjacente. Assim, se as *bitcoin* são utilizadas como meio de pagamento de uma prestação de serviço, tributa-se a prestação de serviço com ISSQN. Por outro lado, tratando-se de um fornecimento de mercadoria, haverá a incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICMS). Em ambos os casos, a base de cálculo será apurada levando em conta a taxa de câmbio da moeda virtual para Real do dia da operação.

Por todo o exposto, parece razoável dar às moedas virtuais o tratamento jurídico-tributário atribuído às moedas estrangeiras, tendo em vista a forma de utilização desta nova tecnologia, bem como a inexistência de um conceito legal de moeda estrangeira rígido e fechado. A adoção deste tratamento indiscutivelmente daria maior segurança jurídica às operações com *bitcoin*.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece possível classificar as operações financeiras efetuadas com moedas virtuais como se operações com moeda estrangeira fossem, em razão dos parâmetros e conceitos de moeda, estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Como visto, não há um conceito jurídico de moeda fechado – ou mesmo de moeda estrangeira – no direito brasileiro. De outra parte, as *bitcoin* são utilizadas pela sua comunidade de usuários de maneira muito semelhante às moedas tradicionais, na medida em que configuram uma forma de troca de valor entre as pessoas desta comunidade. Assim, analisando-se o uso que é feito das moedas virtuais, parece razoável afirmar que elas se comportam de forma semelhante às moedas estrangeiras.

A partir dessa conclusão, as consequências tributárias são claras e bem definidas: toda legislação tributária que trata de operações de câmbio se aplica às operações com *bitcoin*. Por consequência, e como bem orienta a Receita Federal do Brasil, o titular de *bitcoin* deve declarar estas moedas no imposto de renda, e apurar eventual ganho de capital quando da sua venda. Mas não só: a operação de câmbio, como tal, é fato gerador de IOF, e o prestador de serviço de câmbio é contribuinte de ISS. Por fim, nos casos em que as *bitcoin* são meio de pagamento, deve ser tributada a operação econômica subjacente.

Portanto, adotando-se a hipótese de que *bitcoin* deve receber tratamento de moeda estrangeira, os contribuintes brasileiros passam a ter um caminho seguro a trilhar, sabendo de antemão as consequências tributárias de suas operações com moedas virtuais.

### REFERÊNCIAS

ALTHAUSER, Joshua. *Japanese Financial Regulator legalizes four new cryptocurrency exchanges*, 04 dez. 2017. Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/japanese-financial-regulator-legalizes-four-new-cryptocurrency-exchanges>. Acesso em: 11 dez. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAJPAI, Prableen. The 6<sup>th</sup> most important cryptocurrencies other than bitcoin. *Investopedia Academy*, 07 dez. 2017. Disponível em: <https://www.investopedia.com/tech/6-most-important-cryptocurrencies-other-bitcoin/>. Acesso em: 9 dez. 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular n. 3.683*, de 04/11/2013, art. 2º, § 1º. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48837/Circ\\_3683\\_v4\\_P.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48837/Circ_3683_v4_P.pdf). Acesso em: 12 dez. 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado n. 25.306*, de 19/02/2014. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado n. 31.379*, de 16/11/2017. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>. Acesso em: 8 dez. 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução n. 3.568*, de 29/05/2008. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47908/Res\\_3568\\_v9\\_P.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47908/Res_3568_v9_P.pdf). Acesso em: 11 dez. 2017.

BEDICKS, Leonardo Baracat *et al.* Bitcoins – Os lados desta moeda. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 953, mar. 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92292703/v20150953/document/104521776/anchor/a-104521776>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 2.303/2015*: Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 4 set. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. *Leituras clássicas de direito tributário*. Salvador: JusPodium, 2018.

CNBC. *How practical is it to live on bitcoin in 2017? We tried it for a week*. Data: 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.cnbc.com/video/2017/06/13/how-practical-is-it-to-live-on-bitcoin-in-2017-we-tried-it-for-a-week.html>. Acesso em: 11 dez. 2017.

COINDESK. *What is Ether?* Disponível em: <https://www.coindesk.com/information/what-is-ether->

ethereum-cryptocurrency/. Acesso em: 9 dez. 2017.

CORTEZ, Tiago Machado. *Moeda, Estado e Direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. 2004. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

DURAN, Camila Villard. *Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização monetária pelo STF*. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book para Kobo.

ÉPOCA NEGÓCIOS. *Bitcoin volta a quebrar recorde e acumula valorização de 1000% em 12 meses*. Data: 20 nov. 2017. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Mercado/noticia/2017/11/epoca-negocios-bitcoin-volta-a-quebrar-recorde-e-acumula-valorizacao-de-1000-em-12-meses.html>. Acesso em: 9 dez. 2017.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. *EBA Opinion on 'virtual currencies'*. Disponível em: <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>, 2014. Acesso em: 31 jul. 2017.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. *Opinion of the European Banking Authority on the EU Commission's proposal to bring Virtual Currencies into the scope of Directive (EU) 2015/849 (4AMLD)*. Disponível em: <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1547217/EBA+Opinion+on+the+Commission%E2%80%99s+proposal+to+bring+virtual+currency+entities+into+the+scope+of+4AMLD>, 2016. Acesso em: 31 jul. 2017.

FOBE, Nicole Julie. *O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos*. 2016. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

FOXBIT. Termo & Condições de Uso e Serviços. Disponível em: <https://foxbit.exchange/#signup>. Acesso em: 9 dez. 2017.

GARCIA, Marco Aurélio Fernandes; OLIVEIRA, Jean Phelippe Ramos de. To bit or not to bit?: vires in numeris. Propostas de regulação do uso de criptomoedas em transações comerciais. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, set./fev. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239802>. Acesso em: 22 jun. 2017.

GRAHAM, Luke. *As China cracks down, Japan is fast becoming the powerhouse of the bitcoin market*. Data: 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2017/09/29/bitcoin-exchanges-officially-recognized-by-japan.html>. Acesso em: 11 dez. 2017.

GUIA DO BITCOIN. *Bitcoin está se tornando um investimento popular para a classe média americana*. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/bitcoin-esta-se-tornando-um-investimento-popular-para-a-classe-media-americana/>. Acesso em: 11 dez. 2017.

HERTIG, Alyssa. *What is DAO?* Disponível em: <https://www.coindesk.com/information/what-is-a-dao-ethereum/>. Acesso em: 11 out. 2018.

INFOMONEY. *5 motivos que farão do bitcoin o melhor e mais rentável investimento de 2018, segundo a Forbes*. Data: 27 nov. 2017. Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7109616/motivos-que-farao-bitcoin-melhor-mais-rentavel-investimento-2018-segundo>. Acesso em: 9 dez. 2017.

KEIRNS, Garrett. *Japan's bitcoin law goes into effect tomorrow*. Data: 31 mar. 2017. Disponível em: <https://www.coindesk.com/japan-bitcoin-law-effect-tomorrow/>. Acesso em: 11 dez. 2017.

LAAN, Cesar van der. *É crível uma economia monetária baseada em bitcoins? Limites à disseminação de moedas virtuais privadas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2014 (Texto para Discussão n. 163). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td163>. Acesso em: 4 set. 2017.

QUIROGA MOSQUERA, Roberto. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – Perguntas & Respostas 2017*. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

RIBEIRO, Cinthya Imano Vicente. Instruções da Receita Federal para declaração de Bitcoins. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 78, out./dez. 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93329455/v20170078/document/143979220/anchor/a-143978141>. Acesso em: 12 dez. 2017.

ROMA, Bruno Marques Bensal; SILVA, Rodrigo Freitas. O desafio legislativo do bitcoin. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 20, nov. 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/95960701/v20160020/document/117313917/anchor/a-117313917>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação: aspectos criminais da prestação de informações (disclosure) em ambiente de *tax compliance* (2.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 71, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/>

rt/periodical/93329455/v20160071/document/117088016/anchor/a-117088016. Acesso em: 20 jun. 2017.

SWAN, Melanie. *Blockchain: blueprint for a new economy*. Sebastopol: O'Reilly Media, 2015.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution – how the technology behind bitcoin is changing money, business and the world*. Nova Iorque: Penguin, 2016. *E-book*.

TEIXEIRA, Demetrius Barreto. *A soberania na ordem econômica versus a desestatização do dinheiro: o caso bitcoin o mercado financeiro na internet, sua (des)regulação, consequências e externalidades*. Porto Alegre: [s./n.], 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Acórdão da Quinta Secção no caso C-264/14 – Hedqvist. Julgado em 22 out. 2015a. Acesso em: 11 out. 2017. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d62d24c0982c064fa1acdeb3b259a2f635.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbN50?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=894165>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Conclusões da Advogada Geral apresentadas no caso C-264/14 – Hedqvist. 16 jul. 2015b. Acesso em: 11 out. 2017. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165919&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1305625>.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Breves considerações econômicas e jurídicas sobre a criptomoeda. Os bitcoins. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 4, n. 14, mar./abr. 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/95960701/v20160014/document/112941036/anchor/a-112941036>. Acesso em: 22 jun. 2017.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

CASTELLO, Melissa Guimarães. *Bitcoin é moeda? Classificação das criptomoedas para o direito tributário*. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019, e1931. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201931>.

*Melissa Guimarães Castello*

PROCURADORA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PROFESSORA DO CURSO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA ESCOLA SUPERIOR DE PROPAGANDA E MARKETING (ESPM-SUL). BACHAREL EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS), COM INTERCÂMBIO DE UM SEMESTRE NA UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN. MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSITY OF OXFORD (REVALIDADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL). DOUTORANDA EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (PUCRS).

*melicastello@hotmail.com*

**1** Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, Distrito Federal, Brasil

**2** Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derecho Ambiental, Santiago, Chile  
<https://orcid.org/0000-0001-7207-9078>



# La falibilidad de la captura del Estado en la evaluación de impacto ambiental en Chile

STATE CAPTURE FALLIBILITY IN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN CHILE

A FALIBILIDADE DE CAPTURA DO ESTADO NA AVALIAÇÃO DO IMPACTO AMBIENTAL NO CHILE

Jorge Aranda Ortega<sup>1,2</sup>

## Resumen

Este texto desarrolla una crítica a la inevitabilidad de la captura del Estado, según lo proponen la teoría de la elección pública, en general, y la lógica de la acción colectiva de Mancur Olson, en particular. Para eso, se explican sus deficiencias metodológicas sobre sus predicciones, la evidencia que utiliza y su explicación insatisfactoria del comportamiento estratégico de los grupos. Luego, desde la teoría procesal administrativa de S. P. Croley, se realiza una crítica jurídica a la teoría de la elección pública, para demostrar que esta trata negligentemente los procedimientos administrativos. Después se prueba la falibilidad de la lógica de la acción colectiva usando dos casos de evaluación ambiental ocurridos en Chile; a saber: “El Morro” e “HidroAysén”. Se concluye que la captura en la evaluación de impacto ambiental, en los términos expuestos por la lógica de la acción colectiva, es susceptible de fallar en sus predicciones, por no considerar evidencia suficiente sobre los procedimientos administrativos.

## Palabras claves

Derecho ambiental; evaluación ambiental; elección pública; lógica de la acción colectiva; proceso administrativo.

## Abstract

*This text develops a critique of State capture inevitability, as proposed by public choice theory in general, and by the logic of the collective action of Mancur Olson in particular. For this, the methodological deficiencies about its predictions, the evidence it uses, and its unsatisfactory explanation of strategic behavior of groups are explained. Then, from administrative procedural theory of S. P. Croley, a legal critique is made to public choice theory, demonstrating that it negligently deals with administrative procedures. Then, the fallibility of the logic of collective action is tested using two cases of environmental assessment occurred in Chile, namely the case “El Morro” and the case “HidroAysén”. As a conclusion, the capture in environmental impact assessment, in the terms exposed by the logic of the collective action, is likely to fail in its predictions for not considering enough evidence on administrative procedures.*

## Keywords

*Environmental law; environmental assessment; public choice; logic of collective action; administrative process.*

## Resumo

*Este texto desenvolve uma crítica à inevitabilidade da captura do Estado, segundo o proposto pela teoria da escolha pública em geral e pela lógica da ação coletiva de Mancur Olson em particular. Para isso, são explicadas as deficiências metodológicas de suas predições, a evidência que utiliza e sua explicação insatisfatória do comportamento estratégico dos grupos. Logo, a partir da teoria processual administrativa de S. P. Croley, realiza-se uma crítica jurídica à teoria da escolha pública,*

*demonstrando que esta trata negligentemente os procedimentos administrativos. Depois, se prova a falibilidade da lógica da ação coletiva usando dois casos de avaliação ambiental que ocorreram no Chile, sendo eles o caso “El Morro” e o caso “HidroAysén”. Conclui-se que a captura na avaliação de impacto ambiental, nos termos expostos pela lógica da ação coletiva, é suscetível de errar nas suas predições por não considerar evidência suficiente sobre os procedimentos administrativos.*

**Palavras-chave**

*Direito ambiental; avaliação ambiental; escolha pública; lógica da ação coletiva; processo administrativo.*

## INTRODUCCIÓN\*

La captura del Estado, en la evaluación de impacto ambiental, no es inevitable, como lo propone la lógica de la acción colectiva, en el marco de la teoría de la elección pública. Por el contrario, es posible articular una crítica jurídica a dicha explicación económica del derecho. En ese orden de cosas, el presente texto plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Es inevitable la captura del Estado, propuesta por Mancur Olson a propósito de la lógica de la acción colectiva, en la evaluación de impacto ambiental? La respuesta es que no es inevitable, esto es, que la captura es falible en ciertos casos.

Dicha respuesta, a modo de crítica jurídica, descansa en tres afirmaciones. La primera es que la lógica de la acción colectiva, para explicar la captura, contiene defectos metodológicos respecto de las predicciones vagas y poco operativas que realiza, de la evidencia selectiva que usa y de las dificultades que tiene para explicar el actuar estratégico de ciertos grupos. La segunda es que la lógica de la acción colectiva es negligente en el estudio concreto de los procesos administrativos. La tercera, que es posible recabar evidencia inicial en Chile que demuestra la falibilidad de la lógica de la acción colectiva con base en la evidencia de los casos de evaluación de impacto ambiental de “El Morro” e “HidroAysén”. Finalmente, se concluye que la captura del Estado no es inevitable, por lo que no puede ser una justificación indubitada para reformas legislativas y constitucionales.

El contexto de este artículo es pensar en la efectividad de los procesos administrativos ambientales de licenciamiento y en su impugnación judicial, y en cómo la independencia de los órganos decisorios y la participación ciudadana permiten alejarse del pronóstico de la captura

• • •

\* El presente texto es fruto de la investigación desarrollada en mis estudios de doctorado en el Programa de Postgrado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia, Brasil.

del Estado. Pensar que la captura del Estado en materia ambiental es algo que ocurre a todo evento nos lleva a pensar en la futilidad de la Administración Pública y de los procedimientos administrativos asociados, lo que los torna verdaderos escollos al progreso. Por el contrario, el propósito de este texto es demostrar su falibilidad, como un aliciente para justificar la participación ciudadana, a propósito del derecho ambiental, y para cuestionar la lógica de la acción colectiva como argumento para debatir la evaluación de impacto ambiental.

A mayor abundamiento, y en contra de las proposiciones de la lógica de la acción colectiva, la doctrina del derecho ambiental chileno estima como esencial estimular la capacidad de respuesta de la comunidad organizada frente al deterioro ambiental, para lo cual la sociedad afectada directa o indirectamente debe iniciar las acciones necesarias en defensa de la naturaleza (FERNÁNDEZ BITTERLICH, 2013, p. 66). Así, la participación ha sido entendida como una forma necesaria y conveniente de tratar los asuntos ambientales, toda vez que estos incorporan inherentemente elementos de conflictividad, que colisionan con los diversos intereses involucrados (COSTA CORDELLA y MERINO FUENTES, 2011, p. 103). También, a nivel internacional, ha habido una creciente y convergente consideración de la evaluación de impacto ambiental y de la participación pública como un requisito procedimental para la protección de derechos humanos, tales como la vida privada y familiar y la propiedad (CHÁVEZ FICA, 2015, p. 95). En ese orden de cosas, el presente texto contribuye a esta postura, frente a las presumidamente infalibles predicciones de la lógica de la acción colectiva.

Metodológicamente, este texto recaba evidencia en dos precedentes puntuales, a saber, los casos llamados “El Morro” e “HidroAysén”, para explicar la falibilidad de la captura del Estado, apelando a un enfoque inductivo. Si bien esta evidencia no es, en modo alguno, conclusiva, es suficiente para desechar la pretendida infalibilidad de la lógica de la acción colectiva y abre terreno a estudios posteriores, que puedan darle mejor precisión a su alcance. Además, en este texto revisaré estrictamente la participación ciudadana desde una perspectiva regulatoria, dentro de lo que se podría denominar un concepto procesal material de la participación ciudadana, y no en términos procedimentales formales, ni como derecho humano, ni tampoco en cuanto un principio jurídico (ARANDA ORTEGA, 2018, p. 47-49).

Para poder entender estas cuestiones revisaré, brevemente, en qué consiste la teoría de la elección pública, y en el seno de ella, la lógica colectiva. Luego desarrollaré las deficiencias teóricas que presenta, para más tarde articular una crítica jurídica desde la teoría procesal administrativa. A continuación, expondré dos casos concretos para demostrar la falibilidad de la lógica de la acción colectiva en la evaluación de impacto ambiental, para finalmente señalar mis conclusiones.

## **I. LA ELECCIÓN PÚBLICA Y LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA: BREVE EXPLICACIÓN DE SU INJERENCIA EN EL DERECHO AMBIENTAL**

La teoría de la elección pública es una explicación que da la teoría de la elección racional para

la toma de decisiones políticas. Lo que propone es que los tomadores de decisiones intentarán maximizar sus beneficios individuales en cada decisión política que adopten; esto acarrea diversas consecuencias en los estudios legales y políticos (STIGLER, 1971, p. 3).

Esta teoría surgió como una reacción al pluralismo político, que describe el proceso de toma de decisiones como una verdadera competencia entre diferentes grupos o partidos (DAHL, 1961, p. 223-228), organizados o con potencial de organizarse (JORDAN, 2000), siendo el grupo vencedor aquel que tiene el mejor proyecto político, y por ende, el más votado. En la teoría pluralista, el Estado tiene un rol mediador entre los diferentes grupos y debe garantizar la competencia entre ellos (DAHL, 1989, p. 181-185).

La teoría de elección pública, contrariando al pluralismo político, asevera que, en la práctica, los grupos no son una entidad más allá de los sujetos, individualmente considerados, que los componen, por lo que la toma de decisiones políticas es de un tenor individual (BUCHANAN y TULLOCK, 1990, p. 131-191). Así, bajo esta premisa, un senador que vota un proyecto de ley, un elector que va a la urna o un burócrata que debe decidir sobre la autorización administrativa ambiental de un proyecto no lo harán pensando en los beneficios colectivos que tendrán sus respectivas decisiones, sino en los beneficios económicos individuales que las mismas les reportarán, procurando siempre maximizar sus utilidades personales. En este sentido, cualquier elección obedece a un verdadero mercado de toma de decisiones políticas.

Esta teoría puede explicar una multiplicidad de fenómenos políticos y jurídicos, como la cuota obligatoria de los sindicatos (OLSON, 1971, p. 69), el comportamiento del electorado (DOWNS, 1957, p. 49-50), la maximización de la burocracia (NISKANEN, 1975, p. 617-618) y, lo principal para este texto, la captura del tomador de decisión (OLSON, 1971, p. 147-148). Esta última idea es explicada por una idea más específica, circunscrita a la teoría de la elección pública, a saber, la lógica de la acción colectiva, creada por Mancur Olson.

Dicho autor, para explicar específicamente el comportamiento de un grupo con injerencia política, usa como unidad de análisis el comportamiento individual de sus integrantes (HOWLETT, RAMESH y PERL, 2013, p. 39). Su tesis es que los comportamientos de un grupo responden a la suma de comportamientos individuales tendientes a su subsistencia, por lo que, si un grupo carece de incentivos positivos o negativos para orientar el comportamiento de sus miembros en orden a las finalidades colectivas, este tendería a reportar bajos beneficios individuales, hasta hacerlo desaparecer (OLSON, 1971, p. 33-34).

Para justificar la mayor o menor pertinencia de dichos incentivos, Olson realiza una taxonomía de los grupos según su tamaño (OLSON, 1971, p. 46-50). Así, cuanto menor sea el tamaño del grupo, será más probable la cooperación de los miembros dentro de este, dado que, si un miembro no desea cooperar, los demás miembros del mismo notarían esa falta de esfuerzo con un bajo o nulo costo, y podrían compelerlo a aportar mediante un incentivo negativo, como alguna sanción, o con un incentivo positivo, como una recompensa (OLSON, 1971, p. 60-62).

Por el contrario, es más difícil en un grupo grande asignar incentivos a los incumplidores, pues es difícil determinar si estos han aportado lo suficiente para alcanzar sus fines (OLSON, 1971, p. 35). Aquellos miembros que obtienen beneficios individuales sin aportar son llamados *free riders*, o polizones. De esta forma, si la proliferación de polizones llega a un punto en que el aporte de sus miembros es mayor que los beneficios individuales que obtienen, estos desistirán de pertenecer al grupo, y este fracasará como organización colectiva (OLSON, 1971, p. 60-62).

Es necesario destacar que Olson, en su taxonomía de grupos, destaca los llamados grupos privilegiados. Se trata de aquellos en los que uno o pocos miembros tienen un gran incentivo para obrar en pro de la consecución de beneficios que les son muy rentables, sin importarles la existencia de polizones en el grupo (OLSON, 1971, p. 49-50). Los grupos privilegiados serán llamados grupos de interés especial, siempre que actúen en la consecución de sus objetivos perjudicando a los individuos que se encuentran fuera del grupo. Por ejemplo, son grupos de interés especial ciertos gremios empresariales que efectúan *lobby* en el Congreso para obtener leyes favorables a sus propósitos, en desmedro de los demás ciudadanos (OLSON, 1971, p. 143). Luego, los grupos de interés especial, en la medida en que actúen ofreciendo beneficios a los diferentes tomadores de decisión, dirigirán el actuar de estos a su favor, controlando así los diferentes órganos. Esto es lo que se denomina captura del Estado.

La captura se muestra como un inevitable axioma, cual argumentación algebraica.<sup>1</sup> Desde una perspectiva jurídica, sería inevitable en una sociedad democrática, porque el restringir la proliferación de grupos de interés especial sería, *prima facie*, atentatorio al derecho fundamental a reunión. Desde una perspectiva económica sería inevitable porque, dentro un grupo privilegiado, existe un enorme incentivo para que los miembros más favorecidos aumenten sus beneficios mediante la captura de los tomadores de decisión, con independencia del actuar de los demás miembros (incluidos los polizones), lo que hace muy difícil que estos establezcan controles al interior del grupo, pues, si lo hicieren, dejarían de percibir cuantiosas ganancias derivadas de la captura.

En términos teóricos, podemos emparentar a la lógica de la acción colectiva con las teorías que estudian aplicaciones de la economía en el derecho (COASE, 1993, p. 251-253), al alero del realismo jurídico (FARBER, 2001, p. 302-303). En estos estudios, la preocupación de los teóricos es explicar el derecho como realidad a partir de herramientas metodológicas prestadas de la teoría económica. Por ejemplo, desde esta perspectiva cobran sentido el

•••

1 Ello puede ser, por ejemplo, revisado a modo de resumen en: (OLSON, 1982, p. 31-32). Adicionalmente, no podemos perder de vista que el álgebra moderna surgió en parte de la retórica, entendida esta última como una forma de orden lógico del pensamiento. Véase: (CIFOLETTI, 2006a, p. 386-389) y (CIFOLETTI, 2006b, p. 420-423).

análisis económico del derecho (DEVLIN, 2010, p. 171-173; COOTER y ULEN, 1988, p. 8-13), el nuevo desarrollismo (MATTEI, 2013, p. 43-50), la teoría de los orígenes (NORTH, 1991, p. 108-111), los estudios de derecho y finanzas (PISTOR, 2013, p. 328-329) o el análisis jurídico de la política económica (FARO DE CASTRO, 2009, p. 61-62).

La lógica de la acción colectiva soluciona el problema de la captura con la disminución de la injerencia del Estado, y, consecuentemente, la disminución de regulación. Así, en la medida que los órganos de la administración del Estado tengan mayor capacidad decisoria, mayor será el mercado de la toma de decisión, habiendo mayores posibilidades de captura. Por el contrario, un Estado pequeño, pero eficiente, sería el ideal buscado.

Estas cuestiones afectarían profundamente el entendimiento del derecho ambiental tal y como lo conocemos, y, con ello, las diferentes técnicas de autorización ambiental, llamándose peyorativamente “lomos de toro” desde esta perspectiva, cuales obstáculos al crecimiento.<sup>2</sup> En este orden de cosas, si se asume la lógica de la acción colectiva a ultranza, el estudio del derecho ambiental se reduciría al de una agenda legislativa y regulatoria de disminución de la injerencia del Estado en el licenciamiento ambiental, y en la simplificación de los procesos administrativos con la finalidad de disminuir el mercado de la toma de decisión. No en vano, el derecho ambiental es muy sensible a este tipo de abordajes que relacionan el derecho y la economía, pues buena parte de los procesos administrativos estudiados por él son instrumentos de gestión ambiental, que, a su vez, responden a justificaciones económicas (DE MORAES, 2009, p. 165-197).

Con todo, la lógica de la acción colectiva ha sido blanco de críticas. Para efectos de este texto, podríamos clasificarlas en dos tipos: unas que recaen sobre sus aspectos metodológicos, y otras de orden jurídico, que recaen sobre su incapacidad de asumir la imprevisibilidad de los procedimientos administrativos. Revisémoslas a continuación.

## 2. CRÍTICAS METODOLÓGICAS A LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA

La obra de Olson detenta la pretensión de crear, con la lógica de la acción colectiva, una teoría científica que logre explicar el comportamiento de los grupos organizados de forma irrefutable (OLSON, 1971, p. 160 ). Así, la fortaleza de una teoría descansa en la gran capacidad de casos que consiga describir (CROLEY, 2008, p. 11; OLSON, 1982; THAGARD, 1978, p. 79). Es posible comprender estas aseveraciones porque los economistas, metodológicamente, son capaces de obviar el análisis de ciertos hechos con la finalidad de simplificar la realidad, lo que les permite crear modelos con cierta capacidad predictiva (HOOVER, 1995, p. 733; BLAUG, 1985, p. 702; FRIEDMAN, 1966, p. 14-15; ROBBIN, 1932, p. 118-119).

•••

2 Véase, a modo de ejemplo, el empleo de esta infeliz expresión en: (VILLALOBOS, 2017; NAVIA, 2006).

En atención a ello, la primera crítica que se le puede realizar a la lógica de la acción colectiva es a su metodología, basada en la elección racional individual. A partir de esa idea, se pretende crear una ley de comportamiento universal para expresar el actuar político, y, consecuentemente, el derecho.

Esta simplificación metodológica asume que todos los individuos, en su desempeño político, actúan racionalmente procurando la maximización de sus utilidades; todos ellos obran de igual forma, sin importar su biografía, historia, cultura u otro tipo de vicisitudes, y sin mayores pruebas al respecto. Esto es, asume una visión universalista de la política, con poca atención a la evidencia de sus postulados (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 2). En este contexto, la investigación empírica se utiliza para salvar o reivindicar alguna variante de la teoría de la elección racional, en lugar de dar cuenta fielmente de un conjunto específico de fenómenos políticos (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 6). Así, los seguidores de la elección pública, en general, en lugar de resolver estas cuestiones reformulando sus hipótesis, eluden las evidencias críticas, considerándolas como elementos anómalos a sus postulados, creyendo que, de esa manera, han “salvado” a la teoría, siendo que no han reformado sus hipótesis en específico (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 37-38).

Puedo señalar que la crítica a la acción colectiva acá abordada responde a tres aspectos: a sus predicciones, que son escurridizas y vagas; a la evidencia que la sustenta, que es insuficiente o selectiva, y a que no explica el comportamiento estratégico de diferentes actores, que no son motivados por un mero beneficio individual. A continuación, revisaré rápidamente estas críticas.

### 2.1. PREDICCIONES ESCURRIDIZAS Y VAGAS

Las predicciones de la teoría de la elección pública son escurridizas, pues descansan sobre un elenco de entidades no observables, tales como preferencias, creencias, reglas de decisión y equilibrios óptimos; todo ello, en un alto grado de abstracción (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 38). Luego, se crea un desfase entre la abstracción de sus presupuestos y su formulación concreta, lo que hace que la comprobación de las hipótesis sea compleja y las torna escurridizas (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 38).

Por ejemplo, en la lógica de la acción colectiva, una entidad que determina las bases del modelo son los grupos. Sin embargo, la determinación del tamaño de un grupo es, *prima facie*, abstracta. ¿Cuántos miembros, como mínimo, debe tener un grupo privilegiado? Olson los determina según su comportamiento, pero... ¿Cómo un comportamiento puede arrojar una cifra exacta de número de miembros? Se podría, con todo, crear una muestra según el comportamiento de los grupos y no según la cantidad de miembros; pero ahí se volvería al estudio de los presupuestos de la teoría, y no de sus predicciones, verificándose así el abismo entre la realidad y lo que se pretende demostrar.

Estas predicciones, además, son vagamente operativas, dado que sus presupuestos abstractos deberían entregar como producto predicciones generales, sin ofrecer resultados empíricamente

detallados. Sin embargo, ocurre lo contrario: existen, en la literatura de la elección pública, predicciones que son bastante concretas; sin embargo, dada la generalidad de los presupuestos, cuesta imaginar escenarios concretos de aplicación, haciéndolas vagamente operativas (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 41).

A modo de ejemplo, y volviendo a Olson, todo grupo que no considere incentivos para evitar polizones estaría destinado a ser efímero y desaparecer (OLSON, 1971, p. 159-165). En este caso, la predicción se basa en el equilibrio de mantener cada unidad marginal de beneficio como equivalente a una unidad de esfuerzo individual, y, en caso de que sea mayor el esfuerzo que el beneficio por causa de los polizones, el grupo se haría inoperativo hasta desaparecer. Con todo... ¿Hay un baremo concreto para probar que todas las organizaciones exitosas cumplen con ese equilibrio, y consecuentemente, determinar cuáles organizaciones gozan de “buena salud” y cuáles no? No se ofrecen ni ese baremo concreto ni esa prueba subyacente.

## 2.2. EVIDENCIA INSUFICIENTE Y SELECTIVA

También la lógica de la acción colectiva se basa en la búsqueda de evidencia selectiva, ajustada a las predicciones que se desean justificar, siendo ejemplos de sus modelos y no pruebas a las que son sometidos (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 42). Así, sus teóricos ofrecen casos concretos selectos, dejando fuera un amplio espectro de otras evidencias.

Cabe agregar que las investigaciones también son selectivas, orientadas a sostener los presupuestos de la elección pública en lugar probarlos (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 42). En ese sentido, por ejemplo, Olson nunca efectuó investigaciones de grupos que aparentemente careciesen de organización. Por el contrario, podemos identificar en la obra de Ostrom un estudio completo de ellos para desmentir la tesis de Olson (OSTROM, 1990).

En complemento también se incurre en la imaginación de un dato consistente con la lógica económica, asumiendo que este dato está verificado empíricamente, de forma automática (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 44). Por ejemplo, Olson asume un comportamiento egoísta e individual de los miembros del grupo, negando de plano el altruismo, pese a la evidencia científica de divulgación popular en su contra.<sup>3</sup>

La lógica de la acción colectiva también restringe arbitrariamente su ámbito. En ese sentido, sus teóricos establecen ámbitos arbitrarios para la demostración de sus postulados,

...

3 En contra de los presupuestos de Olson, y desde una perspectiva descriptiva del comportamiento general y sin pretensiones morales, es interesante la explicación sobre algunas especies para perseverar en su procreación, basada en el denominado “gen egoísta”. Según esta, existe un interés egoísta de un individuo por hacer preservar sus genes en las futuras generaciones, genes que también son compartidos por otros miembros de su especie. Entonces, es posible verificar actos altruistas en algunas especies, incluso suicidas, que permiten vivir a sus congéneres, preservando así los genes propios y que comparten con ellos (DAWKINS, 1989, p. 88-108).

usando recortes que los favorecen y descartando la experiencia que arroje resultados en contra. Así, en lugar de haber una especificación del ámbito relevante debido a condiciones limitantes, hay una especificación del dominio relevante solo a ámbitos en los que la teoría parece funcionar (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 45). Si ejemplificamos ello con Olson, aun pudiendo explicar detalladamente y con toda la evidencia posible el *lobby* de los gremios de la producción, la lógica de la acción colectiva sería incapaz de explicar el comportamiento electoral del llamado voto protesta, pues, en él, los individuos concurrirían a una actividad que no les reportaría beneficio personal alguno.<sup>4</sup>

### 3. DIFICULTADES PARA EXPLICAR EL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO

Ciertamente, como consecuencia de los recortes selectivos mencionados, la lógica de la acción colectiva también es incapaz de explicar el funcionamiento de los grupos que operan sin que sus miembros individualmente considerados obtengan algo a cambio. ¿Cómo explicar el activismo, o incluso el funcionamiento del Ku Klux Klan? La respuesta no está en el estudio del comportamiento individual bajo los supuestos de la acción racional, sino en el comportamiento estratégico desarrollado por un grupo para alcanzar sus fines (GREEN y SHAPIRO, 1994, p. 77). Es ahí donde la investigación empírica debería prestar atención a efectos de cuestionar la lógica de la acción colectiva.

Para solucionar esas críticas metodológicas a la lógica de la acción colectiva, desde un aporte jurídico, cabría al menos hacer una revisión de la evidencia sobre sus predicciones y sobre el comportamiento estratégico de los grupos en contextos jurídicos, como puede ser un procedimiento administrativo. Si bien la muestra de casos presentada en este texto no es total, si evidencia la falibilidad de la tesis que la lógica de la acción colectiva pretende levantar. Con todo, cabe estudiar la pertinencia de estas predicciones en el contexto del proceso administrativo, lo que nos ayudará a perfilar la crítica jurídica a la lógica de la acción colectiva.

...

4 Un caso llamativo de convocatoria electoral irracional fue la victoria del luchador retirado Jesse Ventura en la elección para gobernador en el estado de Minnesota, Estados Unidos, en el año 1998. Representando un perfil atípico, fuera de las redes de los políticos profesionales, logró que el electorado lo apoyase sin mayor motivo que ser ajeno a la clase política (BELLUCK, 1998). Situación similar puede ser constatada en Brasil con el comediante Francisco Everardo Oliveira Silva, conocido como “Tiririca”, quien fue elegido diputado federal el año 2010 (GUEDES CRESPO, 2010). Adicionalmente, este fenómeno de votar por un candidato ajeno a la llamada política tradicional, por razones irracionales a los ojos de la lógica de la acción colectiva, fue denominado como “efecto Jesse Ventura” por el periodista Michael Moore, en una profética columna que anunciaba la victoria de Donald Trump en la elección presidencial de los Estados Unidos del año 2016 (MOORE, 2016).

#### 4. UNA CRÍTICA JURÍDICA A LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA

Es posible establecer dos críticas, desde el derecho, a rasgos generales de la lógica de la acción colectiva. La primera es que se no puede asegurar anticipadamente el resultado exacto de un procedimiento, dado que el mandato judicial es un contrato de medios (y no de resultados) (VIDAL OLIVARES y BRANTT ZUMARÁN, 2013, p. 415), no satisfaciéndose así, *prima facie*, las pretensiones de la teoría de la elección pública. El resultado de un procedimiento es incierto, sin perjuicio de la creación de modelos de predicción.<sup>5</sup> Es más, es reñido con la ética profesional de un abogado asegurar a un cliente el resultado de un juicio.<sup>6</sup>

La segunda crítica general es que el análisis de la lógica de la acción colectiva descuida el estudio empírico del *iter* decisorio. La elección pública se plantea en oposición al pluralismo; pero nunca se ha planteado a sí misma en oposición a la concepción, siquiera formal, del proceso administrativo. Es más, lo ignora totalmente (CROLEY, 2008, p. 73-74).

Para introducir las cuestiones procesales, es menester recordar que una teoría es exitosa en la medida que sea capaz de predecir la mayor cantidad de casos posibles.<sup>7</sup> Sobre esa premisa, Croley pretende levantar la teoría procesal administrativa como una respuesta a la teoría de la elección pública, en general, y a la lógica de la acción colectiva, en particular. En pocas palabras, apunta a explicar por qué la captura de los órganos de la administración del Estado por parte de grupos de interés especial no es algo inevitable, o al menos, irrefutable, centrándose en el estudio de casos del proceso regulador estadounidense.

Para efectuar su crítica, Croley logra sintetizar las predicciones de la captura en dos: la primera es una predicción sustantiva, en la cual los grupos de interés especial dirigen las políticas públicas en el sentido que les acomode. La segunda es una predicción procesal, según la cual, ya determinada la política pública, estos grupos dirigen la toma de decisiones de la administración en los diferentes actos administrativos que implementan la política (CROLEY, 2008, p. 22-24).

Luego, sistematizando la captura, propone una secuencia de cinco afirmaciones que explicarían una “cascada”<sup>8</sup> en el actuar de los grupos de interés especial, incidiendo desde el nivel

...

5 En particular, la jurimetría es una rama interdisciplinaria de estudios estadísticos y jurídicos, la que aplica metodología cuantitativa al estudio de los diversos procesos, buscando patrones predictivos. Para mayor información véase: (JAEGER ZABALA y FEIJÓ SILVEIRA, 2014, p. 90-94; DE MULDER, VAN NOORTWIJK y LIA, 2010; LOEVINGER, 1949, p. 489-490).

6 Al menos, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, en su artículo 12, literal a, señala “...En particular, al abogado está prohibido: prometer resultados que no dependan exclusivamente de su desempeño profesional”.

7 *Supra*. Sección 2.

8 Croley no utiliza la expresión “cascada”. La he introducido con finalidades explicativas.

de decisión más alto al más bajo (CROLEY, 2008, p. 27). La primera de las afirmaciones es sobre el grupo de interés. Según esta, la organización de estos grupos se crea en resguardo del interés individual de cada miembro. No existe un interés colectivo más allá del beneficio de cada sujeto, por lo que el actuar del grupo apunta a la obtención de ganancias que serán aprovechadas individualmente (CROLEY, 2000-2001, p. 16).

La segunda afirmación es sobre la lógica de la acción colectiva. Esta determina que los grupos de interés especial que inciden en la captura son grupos pequeños y privilegiados. Recordemos que los grupos pequeños tienen costos operativos bajos, dado que es muy fácil fiscalizar a cada miembro. Además, como son grupos que tienen poder económico, tendrían ventajas para proceder a la captura del Estado (CROLEY, 2000-2001, p. 16).

La tercera afirmación es sobre la motivación del legislador. Según esta, los grupos de interés especial incidirán primero en el poder legislativo, para influir en la dictación de leyes que les favorezcan. Así, apelarán al mercado de la toma de decisión, apoyando a ciertos legisladores a cambio de la obtención de favores en el Congreso. Por ejemplo, diferentes grupos de interés financiarán las campañas electorales de determinados parlamentarios, pidiendo a cambio que voten apoyando ciertos proyectos de ley (CROLEY, 2000-2001, p. 16).

La cuarta afirmación es sobre la supremacía del legislativo. Una vez que los grupos de interés especial logran capturar el poder legislativo, deben proceder a hacer efectiva la captura “aguas abajo”. Así, para lograrlo, los grupos de interés especial dirigen las leyes que rigen el actuar de la Administración en favor de sus intereses. Un ejemplo de esto es la Ley de Presupuestos, pues un órgano que sea díscolo a la agenda que favorece a los intereses privados al final del ejercicio fiscal podría encontrarse con recortes presupuestarios (CROLEY, 2000-2001, p. 16).

La quinta y última afirmación es el favoritismo de la agencia. Estando constreñidos los órganos de la Administración del Estado a favorecer a los grupos de interés especial, estos actuarán con una clara tendencia en contra del interés público (CROLEY, 2000-2001, p. 16).

Según esta “cascada” de afirmaciones, la captura aparece como una cuestión inevitable. Sin embargo, Croley señala que está sostenida por tres presunciones teóricas que son, al menos, cuestionables. La primera es que los grupos se estructurarían en torno al óptimo de Pareto, derivando de este que la contribución de cada miembro es equivalente a los beneficios que obtiene. Sin embargo, y en consonancia con las deficiencias metodológicas expuestas anteriormente sobre evidencia selectiva, no existen pruebas ni cuantificación empírica de ello, y aún más, dentro de su tipología puede haber grupos en que los beneficios no se condigan con los aportes de sus miembros (CROLEY, 2008, p. 31).

La segunda presunción teórica cuestionable es que no todos los grupos actúan debido a una conjunción de intereses individuales, lo que corrobora la crítica metodológica sobre la falta de explicaciones sobre el actuar estratégico. Por el contrario, puede haber elementos morales que motiven el actuar colectivo y operen como catalizadores del actuar de los grupos. De otra forma, sería difícil explicar el actuar altruista (CROLEY, 2008, p. 34-35). En

ese sentido, no todo interés es necesariamente egoísta; es posible que el actuar de un grupo procure la realización del bien común (CROLEY, 2008, p. 39).

La tercera crítica es que los congresistas no son inmunes a la reacción del electorado. El hecho de que sean capturados no garantiza que siempre sean electos, pues decisiones impopulares les restarían apoyo, impidiéndoles tener éxito en los próximos comicios. El interés individual de cualquier congresista sería permanecer el mayor tiempo posible en su escaño, intentando mantener la lealtad del electorado. De esa forma, adoptar solo decisiones que afecten al interés público, en favor de los grupos de interés privado, sería un camino que impediría su reelección en el futuro (CROLEY, 2008, p. 38).

Luego, podemos entender que estas tres críticas recaen sobre la evidencia que sustenta a la lógica de la acción colectiva, sobre los valores metaindividuales que ignora, y sobre las influencias que sufren los congresistas más allá de los grupos de interés especial. Debido a estas tres críticas, las cinco afirmaciones antedichas son refutables (CROLEY, 2008, p. 50). Por ejemplo, es posible constatar que hay organizaciones que no responden solo a intereses individuales, como es el caso del activismo. Estas responden al llamado interés público, refutando así la afirmación sobre los grupos de interés. Además, ante la falta de evidencia o de parámetros exactos sobre la cantidad de miembros que requiere una organización para ser privilegiada, los contornos prácticos de la teoría se van desdibujando.

Entonces, si la afirmación de la lógica de la acción colectiva fuera irrefutable, no sería posible que organizaciones de gran tamaño, que buscan la realización de un interés público, tuviesen cabida en el mundo real. Si así fuese, organizaciones como Amnistía Internacional serían contrarias a las predicciones de la lógica de la acción colectiva (CROLEY, 2000-2001, p. 18-19).

Además, es posible criticar la afirmación de la motivación del legislador, pues los congresistas pueden responder también a elementos de valor ajenos a grupos de interés especial. Así, si grupos organizados logran posicionarse, y son capaces de denotar las faltas de un congresista ante los votantes, este se arriesgaría a no ser reelegido en el futuro (CROLEY, 2000-2001, p. 20-21).

La afirmación de la supremacía del legislativo también se vería afectada, en la medida en que los legisladores se arriesguen a perder electorado, ya que en casos sensibles tenderían a interferir poco o nada en el actuar de las agencias, so pena de terminar perdiendo su reelección. De esta forma, en la medida en que se levanten ciertas agendas de valor con alto apoyo popular, los congresistas tendrán menor margen para constreñir a las agencias (CROLEY, 2000-2001, p. 22).

En adición, también quedaría en entredicho la afirmación del favoritismo de las agencias. En la medida en que los constreñimientos legislativos sean menores, mayor será la independencia decisoria de estas y, así, queda abierta la posibilidad de que no sean capturadas a todo evento.

Entonces, quedando en entredicho las cinco afirmaciones de la elección pública, en el proceso administrativo los interesados interactúan contraponiendo sus intereses a los de los grupos de interés especial, encontrando ahí fuentes para levantar evidencia y apreciar cómo operaría

(o no operaría) en la práctica la lógica de la acción colectiva. Así, Croley propone una teoría comprensiva que incorpora varios elementos que causan efectos de un ámbito a otro (CROLEY, 2008, p. 71). En ese sentido, las instancias políticas y administrativas, más que responder a verdaderos túneles de una entrada y una salida (o *input-output*, si se quiere), son más bien un *iter* de varias posibilidades.

Recogiendo las críticas sobre evidencia, valores metaindividuales e influencias más allá de los grupos de interés especial, Croley reformula la “cascada” que propuso para explicar la captura y determina una nueva sucesión de afirmaciones causales. La primera afirmación es la motivación de la administración: no es inevitable que la administración siempre esté constreñida. Por el contrario, en los procesos administrativos, es posible que desde la participación ciudadana se recojan concepciones afines al interés público, contrariando a los grupos de interés privado (CROLEY, 2008, p. 73).

La segunda afirmación es sobre la autonomía de la agencia. Según esta, la falta de constreñimiento hacia las agencias, y estas pudiendo recoger así las opiniones ciudadanas, se explica porque no siempre el comportamiento de la Administración estaría determinado por leyes dictadas por congresistas capturados. Así, algunos resguardos institucionales adicionales, como la autonomía presupuestaria, dan pie a que, eventualmente, las agencias puedan tener mayor ámbito para desenvolverse (CROLEY, 2008, p. 73).

La tercera afirmación es la del ambiente institucional. Los congresistas, a su vez, no determinan efectivamente el comportamiento de las agencias, porque, incluso siendo financiados o apoyados por grupos de interés privado, también son susceptibles de recibir otro tipo de influencias, especialmente de grupos articulados en torno a valores. Así, los congresistas, en ciertos casos, no se arriesgarían a ser impopulares y hacer peligrar su reelección (CROLEY, 2008, p. 73-74).

La cuarta afirmación es la neutralidad de la administración. Esta asevera que, existiendo influencias tanto de grupos articulados por valores como de grupos de interés especial, a la administración le cabe mediar entre estas disputas, dejándole un margen menor para ser capturada. Luego, la presión de los grupos articulados por valores se haría sentir a través de diferentes medios, como mecanismos judiciales de impugnación, o mediante la presión de congresistas que comulguen con esas agendas (CROLEY, 2008, p. 74).

La última y quinta afirmación es la del bienestar social. Ante la presión de diversos actores, la motivación de las decisiones administrativas sobrepasaría los requisitos meramente formales, debiendo justificar por qué se decide en una dirección o en otra. En ese sentido, el proceso habilitaría a las agencias a determinar, en los hechos, resultados socialmente deseables (CROLEY, 2008, p. 74).

Para que esta sucesión de afirmaciones sea posible, Croley logra identificar cuatro factores: la información, la participación ciudadana, la estabilidad laboral de los funcionarios de la administración y la revisión judicial de los actos administrativos terminales (CROLEY, 2008, p. 136). Me referiré con alguna detención a la información y a la participación ciudadana.

Sobre la información, es fundamental tener presente que, gracias a los datos, se pueden perfilar los hechos regulados, siendo el principal elemento para convencer a los diferentes actores de cómo normar una determinada cuestión. Cabe señalar también que la información no es fungible, como pueden serlo el dinero o los votos, sino que esta debe ser pertinente e inteligible a los efectos regulatorios deseados.<sup>9</sup>

Con relación a la participación ciudadana, esta es muy importante para que las agencias puedan recopilar información adicional, acrecentando datos, y así mejorar el entendimiento que se tiene sobre el asunto. Recuérdese que la participación es también un derecho de los ciudadanos; es menester del Estado crear reglas que hagan transparente y disponible la información (CROLEY, 2008, p. 138-142).

Volviendo a los cuatro factores antedichos, estos determinan que la sucesión de las cinco afirmaciones virtuosas pueda ocurrir en la vida real y, con ella, exista una buena regulación. El adjetivo “bueno” estaría determinado por atender a un interés público, el cual no es un constructo teórico abstracto, sino aquello que se estima socialmente deseable, luego de la conjugación de diferentes intereses en un procedimiento administrativo (CROLEY, 2008, p. 308-306).

Adicionalmente, Croley se preocupa de determinar, con evidencias de procesos de creación de regulaciones de los Estados Unidos, la falibilidad de la teoría de la elección pública.<sup>10</sup> De esta evidencia concluye que el estudio de casos le deja un soporte considerable a la teoría procesal administrativa. En particular, muestra que las agencias lograron, por medio de diferentes procedimientos, resguardarse de diferentes presiones de grupos de interés especial, y

...

<sup>9</sup> Si bien este aspecto no es abordado por la teoría procesal administrativa, la captura puede ocurrir también por el exceso de información aportada por los grupos de interés especial, siendo esta difícil de ser procesada por la Administración y por los otros interesados (WAGNER, 2010, p. 1325; COHEN, 2016, p. 370-375; ANDREJEVIC, 2013, p. 11-44).

<sup>10</sup> Los ejemplos que usa Croley son los siguientes: el caso de la formulación de la regulación de ozono, realizado por la Agencia de Protección Ambiental (CROLEY, 2008, p. 163-179); el caso de la regulación para disminuir el consumo de tabaco, realizado por la Administración de Comidas y Drogas (CROLEY, 2008, p. 180-195); el caso de la regulación para prohibir la construcción de carreteras en áreas protegidas forestales, efectuado por el Servicio Nacional Forestal (CROLEY, 2008, p. 196-212); el caso de la regulación de la publicidad telefónica, conformado por la Comisión Federal de Comercio (CROLEY, 2008, p. 214-221); el caso de la regulación de la venta de seguros para cubrir eventos de mala praxis legal de los abogados, guiado por la Comisión de Bolsa y Valores (CROLEY, 2008, p. 221-228); y, finalmente, el caso de la regulación para liberalizar los bancos para vender productos derivados, como seguros, realizado por la Oficina Contralora de la Moneda (CROLEY, 2008, p. 228-236). En general, en estos casos, se puede apreciar que las predicciones de la lógica de la acción colectiva, respecto de la captura realizada por los grupos de interés especial, no ocurre. Con eso, Croley levanta evidencia jurídica que contraría a las proposiciones de Olson, demostrando su posibilidad de ser falible.

que las mismas tuvieron motivaciones encaminadas al bienestar público, encarando así intereses contrarios (CROLEY, 2008, p. 282).

Cabe agregar, para un correcto entendimiento de las ideas de este autor, que la independencia debe verificarse tanto en el procedimiento administrativo propiamente dicho, como en los mecanismos de impugnación judicial del mismo, siendo, ciertamente, los tribunales también garantes de evitar la captura, mediante la litigación de la ciudadanía contra los grupos de interés especial (CROLEY, 2008, p. 140-142). En este orden de cosas, los cuestionamientos a la captura no solo pasan por la falibilidad de un órgano administrativo, o de un poder del Estado en particular, sino por el conjunto de los procesos legislativo, administrativo y judicial. Así, un poder judicial ciertamente independiente también tiene un rol fundamental para evitar la captura del Estado, como se podrá apreciar más adelante en el caso “El Morro”.<sup>11</sup>

Con base en esta evidencia jurídica, Croley logra criticar la lógica de la acción colectiva, al demostrar que esta no ha podido superar las críticas efectuadas de manera determinante. Respecto de la evidencia, destaca que la lógica de la acción colectiva ha sido negligente en tratar los procesos administrativos, su tramitación, impugnación y resultados.

A mayor abundamiento, dado que es relevante dentro de la teoría procesal administrativa de Croley la autonomía del órgano tomador de decisión gracias al procedimiento administrativo, es conveniente tratar la conformación orgánica del mismo, en lo que se podría denominar diseño institucional. Según estas ideas, se apunta a que no es suficiente con la recta ordenación formal de los procedimientos, dado que la configuración de los órganos puede determinar diversos resultados (IMMERGUT, 2006, p. 561), en una suerte de dependencia de la trayectoria institucional en la regulación, a lo largo del tiempo (PIERSON, 2000, p. 259). Así, en la práctica, el impacto de los procedimientos depende también de las estructuras políticas locales, y no simplemente de reglas formales (IMMERGUT, 2006, p. 565).

Ciertamente, las cuestiones de diseño institucional, desde el punto de vista legal, surgen para resolver la superación de la división estricta de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, creando así complejos arreglos institucionales de frenos y contrapesos. En el caso particular de los órganos con autonomía, estos sustituyen o complementan la función legislativa en cuestiones de complejidad técnica (CALABRESI, BERGHAUSEN y ALBERTSON, 2012, p. 438-442). Así, la conformación de cuerpos descentralizados, agencias o formaciones antimayoritarias, si se quiere, obran, paradójicamente, en favor de los intereses de los ciudadanos, pero sin el control directo que tienen los órganos democráticamente elegidos (MELO, 2005, p. 202), logrando gestionar asuntos públicos con mayor eficiencia, y también,

•••

11 *Infra*. Sección 5.1.

solucionando imperfecciones de la estricta división de poderes, en particular las devenidas de su estrechez pragmática (ROSSI, 2001, p. 557-558).

Para garantizar la autonomía desde el punto de vista legal, en el derecho estadounidense, la configuración orgánica es la agencia reguladora, a saber, un órgano investido con autoridad para regular actividades económicas de los individuos y sus respectivos negocios, mediante el uso de poder normativo, sancionador y de juzgamiento en ciertas situaciones, sin que estos sean el Senado, el Ministerio Público o un Tribunal (SCHWARTZ y WADE, 1972, p. 26). En cambio, en el derecho continental, por lo general, la respuesta para dar mayor autonomía a los órganos de la administración, desde finales del siglo XIX, es mediante órganos con personalidad jurídica diferenciada del fisco y patrimonio propio (MAYER, 1954, p. 254), llamados órganos autárquicos en la doctrina italiana (LENTINI, 1939, p. 77), y órganos descentralizados en la francesa (JEZE, 1949, p. 30). En Chile se recogió esta última nomenclatura (FERRADA BÓRQUEZ, 1999), y es la que predomina en materia ambiental, habiendo discusiones legislativas sobre el punto a la fecha.<sup>12</sup>

Así, respecto de su aproximación jurídica, la lógica de la acción colectiva ha sido negligente en tratar a los procesos administrativos como un mero *input-output*, y no como lo que realmente pueden ser: una dialéctica en la cual la administración gana autonomía y aumenta la información disponible para la toma de decisiones. También desconsidera ciertos elementos del diseño institucional que dan ciertas garantías de independencia a los órganos. En este sentido, la teoría procesal administrativa es superior a la lógica de la acción colectiva.

A modo de resumen parcial, la teoría procesal administrativa es superior a la lógica de la acción colectiva para explicar la captura del Estado por parte de los grupos de interés especial porque, en primer lugar, trabaja con evidencia que desmiente la predicción de captura inevitable. En segundo lugar, porque da cuenta, de mejor manera, de los elementos jurídicos relacionados al proceso como *iter* decisorio. Luego, cabría preguntarse si es posible recabar evidencias, siquiera mínimas, para explicar la falibilidad de la captura del Estado en los procesos de evaluación de impacto ambiental. A continuación, pasaremos a revisar brevemente dos casos ocurridos en Chile sobre el asunto.

...

12 En Chile, la evaluación de impacto ambiental se desarrolla bajo un modelo de coordinación desde la dictación de la ley 19.330/1994 de Bases Generales del Medio Ambiente. En su redacción original, esta ley coordinaba diversos órganos descentralizados con competencias ambientales (en los términos ya señalados, y según lo dispuesto en los artículos 26 y 33 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) mediante otro órgano descentralizado: la Comisión de Nacional del Medio Ambiente a nivel nacional, y mediante las Comisiones Regionales Ministeriales del Medio Ambiente al nivel Regional. Esta Comisión tenía funciones tanto de evaluación ambiental como políticas y de fiscalización, y estaba integrada por jefes de diversas carteras ministeriales. Luego, con las reformas de la ley 20417/2010, se creó un órgano descentralizado, destinado solo a la gestión del Sistema de Evaluación de

## 5. EJEMPLOS DE LA FALIBILIDAD DE LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA EN LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN CHILE: “EL MORRO” E “HIDROAYSÉN”

La captura del Estado, según la lógica de la acción colectiva, debería ocurrir invariablemente. Esta idea, de orden general, también puede aplicarse a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, cuya finalidad es obtener un acto administrativo terminal de autorización para operar una actividad productiva, haciéndose cargo de los impactos ambientales que pueda generar. Así, el proceso de evaluación ambiental sería una instancia para que los tomadores de decisión sean capturados por los titulares de proyecto, para que después autoricen con negligencia actividades contaminantes en perjuicio de la población. Sin embargo, ha habido casos en que ello no ha ocurrido. Por el contrario, la ciudadanía ha logrado articularse y contravenir algunas de esas situaciones.

A continuación, se expondrán dos casos ocurridos en Chile. Uno, relacionado con un proyecto minero llamado “El Morro”. El segundo es sobre un proyecto de generación hidroeléctrica llamado “HidroAysén”. Revisaré a continuación dichos casos.

### 5.1. CASO “EL MORRO”

Esta es una buena evidencia de cómo una comunidad logra organizarse y contraponerse a una gran empresa minera. El caso data del año 2008, con el inicio del estudio de impacto ambiental. El proyecto fue impulsado por las empresas Goldcorp y New Gold, diseñado para obtener 2.500 millones de dólares, utilizando un total de 2.363 hectáreas, incluidos los tranques de relave en la comuna de Alto del Carmen, III Región de Atacama (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017a).

En un comienzo, el proyecto estaba pensado para operar con agua desalinizada; pero la empresa estaba, por otra parte, comprando con anticipación derechos de aprovechamiento de aguas a las comunidades locales, las cuales, desde temprano, estaban en oposición al proyecto,

...

Impacto Ambiental, a saber, el Servicio de Evaluación Ambiental. Este administra el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, dejando la decisión política final a la Comisión de Evaluación dispuesta en el artículo 86, integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales de diversas carteras, más el Intendente, o al Director del Servicio, en caso de que el proyecto impacte en dos o más regiones. Luego, en el 2018, se comenzó a tramitar en la Cámara de Diputados un proyecto de ley bajo el Boletín 11952-12, con fecha 31 de julio de 2018, que busca aumentar la autonomía del tomador de decisión, en un intento de despolitizar el acto administrativo terminal, en pro de una mayor tecnificación de la decisión. Se sustituye la Comisión de Evaluación del artículo 86 y al Director del Servicio por Comités Macrozonales, integrados por secretarios ministeriales locales y, como novedad, por dos miembros elegidos mediante el sistema de alta dirección pública. En principio, y si bien se valora esta iniciativa de reforma orgánica que busca mayor autonomía decisoria, hay que denotar, *prima facie*, problemas respecto de la concentración territorial parcial de la toma de decisión en macrozonas, y una autonomía relativizada, al continuar habiendo una mayoría de miembros designados, directa o indirectamente, por el Presidente de la República.

siendo estas la comunidad Diaguitas Huascoaltinos, el Consejo de Defensa del Huasco, la Parroquia Nuestra Señora del Carmen y la Coordinadora Ambiental Alto del Carmen (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017a).

La principal preocupación de las comunidades locales era el abastecimiento de agua, pues los proyectos mineros precisan grandes cantidades de recursos hídricos (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017a). En otro sentido, la empresa presentó un proyecto incompleto, esperando presentarlo íntegramente en el transcurso del proceso de evaluación, lo que generó desconfianza en la comunidad (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96). En ese escenario, las empresas trataron de aproximarse, organizando reuniones con los posibles afectados para obtener algún nivel de respaldo. Estas reuniones fueron rechazadas desde el comienzo (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96).

El proceso de participación ciudadana ocurrió en una comunidad rural que no tenía la preparación científica y técnica para procesar un estudio de impacto ambiental, que comprendió siete volúmenes de más de 500 páginas cada uno, así como 1.150 documentos anexos (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96). Cabe señalar que el plazo legal para formular las observaciones, de acuerdo con la legislación chilena, es de 60 días, conforme lo establece el artículo 29 la ley 19.300/1994.

Frente a aquellos grandes obstáculos, las comunidades mantuvieron la cohesión social, pero desarrollando una participación poco contundente en los aspectos técnicos. La mayoría de las observaciones se limitaron a apuntar, en palabras simples, que estarían en peligro las aguas de regadío del valle, la salud humana y animal. Con todo, fueron formuladas más de 312 observaciones (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017a).

Otro punto relevante es que la mayor parte de los interesados eran indígenas y pedían que fuere aplicada la consulta indígena contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Tanto la administración del Estado como las empresas fueron contrarias a este proceso de consulta, porque dicha comunidad no era considerada explícitamente en la ley de desarrollo indígena 19.253/1994.

En el año 2011, la Comisión de Evaluación Ambiental autorizó el proyecto, lo que generó una fuerte oposición en los tribunales superiores de justicia, primero con una acción de protección, que pedía la nulidad de la autorización administrativa, por no permitir en la oportunidad correspondiente una efectiva participación ciudadana, incumpliendo también las obligaciones de la consulta del Convenio 169 de la OIT, la cual fue acogida por la Corte de Apelaciones de Copiapó y luego confirmada por la Corte Suprema.<sup>13</sup>

Sobre la acción de protección cabe recordar, a modo de pequeño excurso, que, si bien hoy existen mecanismos contencioso-administrativos formales creados por la ley 20.600/2012

...

13 Corte Suprema. Rol 618-2011.

(BERMÚDEZ SOTO, 2015, p. 517-519; ASTORGA JORQUERA, 2017, p. 485-487), a la fecha del precedente estudiado éstos no existían, por lo que se usaba, ciertamente de manera impropia y bajo fuertes cuestionamientos (PIERRY, 1977, p. 157-159), la acción de protección como mecanismo de impugnación administrativa. Se sustituía así la falta de un procedimiento contencioso administrativo, aún a riesgo de dar un uso poco adecuado a este procedimiento de urgencia, malinterpretando y vulgarizando derechos fundamentales y su tutela jurídica (FERRADA BÓRQUEZ, BORDALÍ SALAMANCA y CAZOR ALISTE, 2002, p. 81).

Retornando al relato del caso, luego de que los tribunales superiores acogieran la petición de las comunidades indígenas, el titular del proyecto volvió a someter el proyecto a evaluación ambiental, obteniendo una vez más autorización para proceder con el mismo, siendo impugnada con tres acciones de protección por parte de los afectados.<sup>14</sup> Estas acciones fueron rechazadas en primera instancia, pero finalmente acogidas por la Corte Suprema en el año 2014, la que volvió a anular la autorización, pidiendo realizar, de buena fe, un proceso de consulta indígena.<sup>15</sup> Las empresas, en octubre de 2014, desistieron de desarrollar el proyecto, frente a un marco normativo que consideraron poco claro (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96).

Es posible observar en este conflicto que la comunidad, por la falta de apoyo científico y técnico, no logró aportar información suficiente en las primeras etapas de evaluación. Sin embargo, gracias a una fuerte cohesión social y un argumento consistente, basado en la necesidad de la consulta del Convenio 169 de la OIT, hubo una oposición en los tribunales superiores de justicia, existiendo una salvaguarda a la captura del Estado en el actuar del poder judicial, y no la Administración misma. También se verifica en el proceso administrativo de evaluación ambiental una asimetría de información entre la empresa y la comunidad.

## 5.2. CASO “HIDROAYSÉN”

El caso “HidroAysén” correspondió a un proyecto de generación de energía de gran envergadura, consistente en cinco centrales hidroeléctricas a ser construidas en el río Baker, en la XI región de Aysén, afectando a tres comunas: Cochrane, Tortel y O’Higgins. La superficie total a utilizar por los embalses sería de 5.910 hectáreas, con una potencia proyectada de 2.740 MW, y siendo titular del proyecto la empresa HidroAysén S.A., sociedad de Colbún-Endesa. La inversión total sería de unos 3.200 millones de dólares (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017b). El proyecto evaluado consideraba solo la generación de energía eléctrica, pues no contemplaba proyectos de transmisión ni de distribución de la energía generada.

...

<sup>14</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 250-2012, Rol 151-2013 y Rol 436-2013.

<sup>15</sup> Corte Suprema. Rol 8774-2014.

El proyecto ingresó a evaluación ambiental en el año 2008, y desde un comienzo tuvo resistencias, pues la comunidad se organizó rápidamente por los siguientes actores sociales: Coalición Ciudadana por Aysén Reserva de Vida, Corporación por el Desarrollo de Aysén (CODESA), Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y la Flora (CODEFF), Consejo de Defensa de la Patagonia, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Corporación Costa Carrera, Escuela de Guías de la Patagonia, Escuela NOLS, Cámara de Turismo y Comercio de Puerto Río Tranquilo, ONG Ecosistemas, Fundación Conservación Patagónica, Agrupación Nacional Jóvenes Tehuelches, el obispo Luis Infanti y el senador Antonio Horvarth. Todos esos actores, en el proceso de participación ciudadana, lograron formular 10.081 observaciones, en el plazo de 60 días (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017b). Esas observaciones fueron de diferente tenor, siendo algunas de habitantes menos instruidos, de antiguos colonos y de ONG con experticia técnica (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 208).

Igualmente, desde el comienzo de la evaluación, los servicios públicos coordinados por la autoridad ambiental plantearon una gran cantidad de observaciones al proyecto. Por ejemplo, la Dirección General de Aguas formuló 949 observaciones en el primer informe consolidado de evaluación, 114 de la Dirección General de Obras Hidráulicas y 133 del Servicio Nacional del Geología y Minería (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017b).

Así, entre el año 2009 y 2011 la empresa presentó tres *addenda* para superar las omisiones del proyecto y responder a las observaciones ciudadanas. Aun así, se autorizó el día 9 de mayo de 2011, frente a una fuerte presión social, dados sus impactos ambientales. Al día siguiente, en Santiago, se reunieron 15.000 personas en una protesta, según la información entregada por carabineros, y 70.000, según la información de las organizaciones sociales (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 208).

Después, el proyecto fue impugnado con una acción de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el año 2011, la cual denegó la petición de los demandantes,<sup>16</sup> situación que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en la respectiva apelación.<sup>17</sup> Con todo, los representantes de la comunidad perseveraron con un recurso administrativo contemplado en caso de modificaciones al proyecto y por no considerar debidamente la participación ciudadana. Este recurso debería ser resuelto por el Comité de Ministros contemplado en el artículo 20 de la ley 19.300. Dicho Comité resolvió que el proyecto, por no considerar debidamente las observaciones de la ciudadanía, y también por no ofrecer medidas adecuadas de reparación, debería ser anulado, cuestión que ocurrió en junio del 2014 (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017b).

...

<sup>16</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 179-2011.

<sup>17</sup> Corte Suprema, Rol 10220-2011.

Revisando el proceso de participación ciudadana, en este caso, existió una fuerte oposición a los grupos de interés especial desde una comunidad organizada. Aquí, la comunidad contó con apoyos y recursos económicos, con articulaciones políticas y sociales fuertes, que permitieron desarrollar incluso un acto masivo de protesta. También, en este caso, los tribunales no interfirieron mayormente en la decisión administrativa, denegando las peticiones de la acción de protección, pero, finalmente, y bajo la presión ciudadana, el Comité de Ministros dejó sin efecto la autorización.

## CONCLUSIONES

Con la evidencia antedicha queda demostrada la falibilidad de la captura de Estado en los términos propuestos por la lógica de la acción colectiva, respondiendo a la pregunta apuntada al inicio del texto, a saber, si acaso la captura del Estado, en la evaluación de impacto ambiental, es inevitable. En este sentido, lo primero que podemos establecer es que, desde la evidencia jurídica, los discursos que desean disminuir los procesos de evaluación ambiental, amparados en ideas del “Estado mínimo”, de “desburocratización del Estado”, son miopes ante las oportunidades que el proceso administrativo, y su respectiva impugnación judicial, ofrece para evitar la captura de los órganos de la Administración del Estado.

Esta falibilidad viene determinada por las tres cuestiones ya señaladas en el texto. La primera es que la lógica de la acción colectiva tiene defectos metodológicos que no logra salvar, respecto de las predicciones vagas y poco operativas que realiza, de la evidencia selectiva que usa y de las dificultades que tiene para explicar el actuar estratégico de ciertos grupos. En segundo lugar, y usando los elementos teóricos aportados por Croley, queda de manifiesto el negligente tratamiento de los procedimientos administrativos, y sus respectivas impugnaciones judiciales, por parte de la lógica de la acción colectiva. Finalmente, la evidencia mostrada en los casos “El Morro” e “HidroAysén”, pese a no ser conclusiva, es suficiente para dar indicios de la falibilidad de la captura del Estado.

En ese orden de cosas, la discusión sobre la evaluación de impacto ambiental, *prima facie*, no debe recaer en los simplismos de “más Estado” o “menos Estado”, sino en repensar los procesos administrativos de evaluación ambiental, para que los tomadores de decisión detenten mayor autonomía, y para que la ciudadanía tenga mayores potencialidades de participación. Con ello, se abre un camino para salir de las explicaciones jurídicas tradicionales del proceso administrativo ambiental y del contencioso administrativo ambiental,<sup>18</sup> visando su efectividad contra la captura.

• • •

18 Sobre esta visión formal, heredada de la doctrina procesal italiana, véase (ALCALÁ-ZAMORAY CASTILLO, 1992, p. 484; BUZAID, 1977, p. 152).

Si bien la evidencia del presente texto no es conclusiva, es suficiente para demostrar la falibilidad de la lógica de la acción colectiva. Esta se explica por sus limitaciones metodológicas, sus predicciones incumplidas, su evidencia selectiva e incompleta, y su incapacidad de predecir el comportamiento estratégico de grupos activistas. En el caso particular de los precedentes mostrados, de las comunidades indígenas en el caso “El Morro” y las ONGs y comunidad local en el caso “HidroAysén”.

Junto a ello, también es posible proyectar un interesante campo de estudio crítico de las relaciones entre derecho y economía desde la evidencia procesal administrativa. Por una parte, el derecho ambiental como disciplina se ha ocupado de la participación ciudadana como la formulación de un principio jurídico y de su aplicación en abstracto,<sup>19</sup> descuidándose de contraargumentar a otros abordajes. Por la otra, la elección pública, en general, y la lógica de la acción colectiva, en particular, han sido negligentes al abordar la participación ciudadana en el proceso administrativo. En este texto, sin recabar en evidencias rebuscadas sobre proyectos de alto impacto ambiental, es posible objetar esas predicciones. Este desencuentro de enfoques deja un amplio margen para futuros estudios interdisciplinarios, lo que abre la puerta a la búsqueda de más evidencias afines a esta crítica y contraria visiones de la evaluación de impacto ambiental como un obstáculo al progreso.

#### AGRADECIMIENTOS

*El autor agradece al Dr. Marcio Iorio Aranha por su invaluable ayuda y orientación. También agradece al Dr. Flavio Bianchi y al Dr. Heitor Simão Afonso Ambrósio por sus oportunos comentarios. Igualmente, agradece al Sr. Juan Pablo Fuenzalida Peñaloza por sus correcciones formales.*

#### REFERENCIAS

ALCALÁ-ZAMORAY CASTILLO, N. Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana. In: ALCALÁ ZAMORA, N. **Estudios de teoría general del proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, v. II, 1992. p. 479-500.

• • •

<sup>19</sup> Para ello, véase a modo referencial: (GRANZIERA, 2009, p. 58; LEITE SAMPAIO, WOLD y NARDY, 2003, p. 76; ALENZA GARCÍA, 2001, p. 47; NEUMANN, 1996, p. 86).

ALENZA GARCÍA, J. F. **Manual de derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001.

ANDREJEVIC, M. **Infoglut**: how too much information is changing the way we think and know. Nueva York: Routledge, 2013.

ARANDA ORTEGA, J. Breve reflexión sobre cuatro conceptos jurídicos de participación ciudadana a propósito del derecho ambiental chileno. **Revista de Derecho Ambiental**, Santiago, 2018.

ASTORGA JORQUERA, E. **Derecho ambiental chileno**. 5. ed. Santiago: Thomson Reuters, 2017.

BELLUCK, P. THE 1998 ELECTIONS: THE STATES — THE MAVERICK; A ‘Bad Boy’ Wrestler’s Unscripted Upset. **The New York Times**, Nueva York, 5 nov. 1998. Disponible en: <<http://www.nytimes.com/1998/11/05/us/the-1998-elections-the-states-the-maverick-a-bad-boy-wrestler-s-unscripted-upset.html>>.

BERMÚDEZ SOTO, J. **Fundamentos de derecho ambiental**. 2. ed. Valparaíso: Edeval, 2015.

BLAUG, M. **Economy theory in retrospect**. 4ª edición. Londres: Cambridge University Press, 1985.

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent**. Indianapolis: Liberty Fund, 1990.

BUZAID, A. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, San Pablo, v. 72, n. 1, p. 131-152, 1977.

CALABRESI, S. G.; BERGHAUSEN, M. E.; ALBERTSON, S. The Rise and Fall of the Separation Powers. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 106, n. 2, p. 527-549, 2012.

CHÁVEZ FICA, R. V. Participación pública en la evaluación de impacto ambiental y conflicto ambiental: un análisis desde el derecho internacional. **Justicia Ambiental**, Santiago, n. 7, p. 80-109, 2015.

CIFOLETTI, G. Mathematics and Rhetoric. Introduction. **Early Science and Medicine**, v. 11, n. 4, p. 369-389, 2006a.

CIFOLETTI, G. Valla to Viète: The Rhetorical Reform of Logic and Its Use in Early Modern Algebra. **Early Science and Medicine**, v. 11, n. 4, p. 390-423, 2006b.

COASE, R. H. Law and Economics at Chicago. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 36, p. 239-254, 1993.

COHEN, J. E. The regulatory state in the information age. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 369, p. 369-414, 2016.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and economics**. Estados Unidos: Harper Collins, 1988.

COSTA CORDELLA, E.; MERINO FUENTES, P. La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental. **Justicia Ambiental**, Santiago, v. 3, p. 83-106, 2011.

CROLEY, S. P. Public interested regulation. **Florida State University Law Review**, Tallahassee, v. 28, n. 7, p. 7-108, 2000-2001.

CROLEY, S. P. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2008.

DAHL, R. A. **Who governs? Democracy and power in a American City**. Londres: Yale University Press, 1961.

DAHL, R. A. **La poliarquía: participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989.

DAWKINS, R. **The selfish gene**. 3era edición. ed. Oxford: Oxford University Press, 1989.

DE MORAES, O. J. **Economia ambiental: instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável**. San Paulo: Centauro Editora, 2009.

DE MULDER, R.; VAN NOORTWIJK, K.; LIA, C.-K. Jurimetrics Please! **European Journal of Law and Technology**, Belfast, v. 1, n. 1, 2010. Disponible en: <<http://ejlt.org/article/view/13/12>>.

DEVLIN, A. Law and Economics. **Irish Jurist**, Dublin, v. XLV, p. 165-197, 2010.

DOWNS, A. **An economic theory of democracy**. Nueva York: Harper & Row, 1957.

FARBER, D. A. Toward a New Legal Realism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 68, n. 1, p. 279-304, 2001.

FARO DE CASTRO, M. Análise jurídica da política econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 17-70, jun. 2009.

FERNÁNDEZ BITTERLICH, P. **Manual de derecho ambiental chileno**. 3. ed. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

FERRADA BÓRQUEZ, J. C. EL Estado Administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 10, p. 115-123, 1999. Disponible en: <<http://revistas.uach.cl/html/revider/v10n1/body/art11.htm>>.

FERRADA BÓRQUEZ, J. C.; BORDALÍ SALAMANCA, A.; CAZOR ALISTE, K. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 14, p. 67-81, 2002.

FRIEDMAN, M. The methodology of positive economics. In: FRIEDMAN, M. **Essays in positive economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1966. p. 3-16, 30-43.

GRANZIERA, M. L. **Direito ambiental**. San Pablo: Atlas, 2009.

GREEN, D. P.; SHAPIRO, I. **Pathologies of rational choice theory: a critique of applications in political science**. Londres: Yale University Press, 1994.

GUEDES CRESPO, S. Eleito como deputado federal mais votado, Tiririca leva consigo mais de 3 candidatos. **O Estado de S. Paulo**, San Paulo, 3 out. 2010. Disponible en: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,eleito-como-deputado-federal-mais-votado-tiririca-leva-consigo-mais-de-3-candidatos,619725>>.

HOOVER, K. D. Why does methodology matter for economics? **The Economic Journal**, Oxford, v. 105, n. 430, p. 715-734, maio 1995.

HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política pública: seus ciclos e subsistemas – uma abordagem integral**. Río de Janeiro: Elsevier, 2013.

IMMERGUT, E. M. Institutional constraints on policy. In: GOODIN, R. E. **The Oxford Handbooks of Political Science**. Oxford: Oxford University Press, 2006. Cap. 27, p. 557-571.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Mapa de conflictos socioambientales en Chile. 2015**. INDH. [S.l.], p. 262. 2016.

JAEGER ZABALA, F.; FEIJÓ SILVEIRA, F. Estatística aplicada ao direito. **Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 87-103, 01-04 2014.

JEZE, G. **Principios generales de derecho administrativo**. Traducción de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, v. 2.1, 1949.

JORDAN, G. The Process of Government and The Governmental Process. **Political Studies**, p. 788-801, 2000.

LEITE SAMPAIO, J.; WOLD, C.; NARDY, A. **Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LENTINI, A. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Milán: Società Editrice Libreria, v. 1, 1939.

LOEVINGER, L. Jurimetrics: the next step forward. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, v. 33, n. 5, p. 455-493, abr. 1949.

MATTEI, L. Gênese e agenda do novo desenvolvimentismo brasileiro. **Revista de Economia Política**, San Paulo, v. 33, n. 1, p. 41-59, 01-03 2013.

MAYER, O. **Derecho administrativo alemán**. Traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotosckin. Buenos Aires: Depalma, v. 4, 1954.

MELO, A. M. Institutional Design, Normative Political Theory and Accountability. **Revista Direito GV**, Fundação Getulio Vargas, San Paulo, v. 195, n. especial, p. 195-206, 2005.

MOORE, M. 5 Reasons Why Trump Will Win. **Michael Moore**, 2016. Disponible en: <<https://michaelmoore.com/trumpwillwin/>>. Aceso el 25 ago. 2017.

NAVIA, P. Chile: continuidad y cambio. **Nueva Sociedad**, 2006. Disponible en: <[https://www.academia.edu/3127352/Chile\\_Continuidad\\_y\\_cambio](https://www.academia.edu/3127352/Chile_Continuidad_y_cambio)>.

NEUMANN, M. The environmental law system of the Federal Republic of Germany. **Annual Survey of International & Comparative Law**, p. 69-110, 1996. Disponible en: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=annlsurvey>>.

NISKANEN, W. A. Bureaucrats and politicians. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, n. 18, p. 617-643, dez. 1975.

NORTH, C. D. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.

OLSON, M. **The logic of collective action**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

OLSON, M. **The rise and decline of nations: economic growth, stagflation, and social rigidities**. Nueva York: Yale University Press, 1982.

OSTROM, E. **Governing the commons**: the evolutions of institutions for collective action. EE.UU.: Cambridge University Press, 1990.

PIERRY, P. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. **Revista de Derecho**, Concepción, v. 165, p. 153-173, 1977.

PIERSON, P. Increasing returns, path dependence, and the study of politics. **The American Political Science Review**, v. 94, n. 2, p. 251-267, 2000.

PISTOR, K. A legal theory of finance. **Journal of Comparative Economics**, v. 41, p. 315-330, 2013.

ROBBIN, L. **An essay on the nature and significance of economic science**. Londres: MacMillan & Co., 1932.

ROSSI, J. Overcoming Parochialism: State Administrative Procedure and Institutional Design. **Administrative Law Review**, Washington, v. 53, n. 2, p. 551-573, 2001.

SCHWARTZ, B.; WADE, H. W. R. **Legal control of government**. Londres: Clarendon Press, 1972.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Servicio de Evaluación Ambiental. **Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro. 25/11/2008**, 2017a. Disponible en: <<http://www.sea.gob.cl/rca>>. Acceso el 2 feb. 2017.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Servicio de Evaluación Ambiental. **Proyecto Hidroeléctrico Aysén. 14/08/2008**, 2017b. Disponible en: <<http://www.sea.gob.cl/rca>>. Acceso el: 2 feb. 2017.

STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

THAGARD, P. R. The best explanation: criteria for Choice Theory. **Journal of Philosophy**, v. 75, n. 2, p. 76-92, fev. 1978.

VIDAL OLIVARES, Á.; BRANTT ZUMARÁN, M. G. Obligación, incumplimiento y responsabilidad del mandatario en el código civil chileno. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 40, n. 2, p. 413-431, ago. 2013.

VILLALOBOS, J. C. Apoyar a Velasco desfiguraría a la centro derecha. **Cosas**, 13 out. 2017. Disponible en: <<http://cosas.com/juan-diego-santa-cruz-apoyar-velasco-desfiguraria-la-centroderecha/>>.

WAGNER, W. E. Administrative law, filter failure, and information capture. *Duke Law Journal*, v. 59, n. 7, p. 1321-1432, abr. 2010.

**CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:**

ARANDA ORTEGA, Jorge. La falibilidad de la captura del Estado en la evaluación de impacto ambiental en Chile. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1932. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201932>.

*Jorge Aranda Ortega*

DOCTOR EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE BRASILIA. PROFESOR ASISTENTE E INVESTIGADOR, CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL, UNIVERSIDAD DE CHILE.

*jaranda@derecho.uchile.cl*

*j.aranda.o@gmail.com*

**1** Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0002-4229-6546>

**2** Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0003-4304-2254>



# Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais?

DETERMINANTS OF PRE-TRIAL DETENTION AT THE CUSTODY HEARING: REINFORCEMENT OF SOCIAL STEREOTYPES?

Lívia Bastos Lages<sup>1</sup> e Ludmila Ribeiro<sup>2</sup>

## Resumo

A proposta deste artigo é identificar os fatores determinantes das decisões proferidas no âmbito das Audiências de Custódia, expediente inserido no sistema de justiça criminal brasileiro em 2015. A partir da perspectiva da sociologia jurídica, procuramos compreender as disjunções existentes entre a lei nos livros e sua prática, tendo como foco essa audiência, para desvelar quais são os fatores que aumentam a chance do uso da prisão enquanto medida cautelar. Partindo de dados qualitativos e quantitativos, coletados em Belo Horizonte entre setembro de 2015 e abril de 2016, constatamos que, apesar de o discurso oficial ser o da tecnicidade, dimensões como o sexo e a cor da pele aumentam a chance de prisão em detrimento da liberdade provisória. Logo, as Audiências de Custódia reforçam a seletividade policial e os estereótipos sociais do “elemento suspeito”.

## Palavras-chave

Audiência de Custódia; determinantes da decisão; estereótipos; prisão; viés racial.

## Abstract

The purpose of this article is to identify the determinants of the decisions handed down in Custody Hearings, a procedure introduced in the Brazilian criminal justice system in 2015. From the perspective of juridical sociology, we try to understand the disjunctions between how law is portrayed and how it is practiced in Custody Hearings to reveal the factors that increase the odds of using imprisonment as a precautionary measure. Based on qualitative and quantitative data collected in Belo Horizonte between September 2015 and April 2016, we found out that, although the official discourse suggests that imprisonment decisions are technical, social aspects such as gender and skin color increase the odds of pre-trial detention instead of provisional freedom. Thus, Custody Hearings reinforce the police bias and social stereotypes of criminal offenders.

## Keywords

Custody Hearing; decision patterns; stereotypes; prison; racial bias.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, quase metade das pessoas encarceradas não foram formalmente condenadas pela justiça criminal (IDDD, 2016). De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2017), 40% da população carcerária é de presos provisórios. Na legislação penal e processual penal, o cerceamento da liberdade do indivíduo antes da condenação e por tempo indeterminado (nunca se sabe ao certo quando o processo será encerrado) é considerado uma medida extrema, que deve ser decretada apenas se estritamente necessária (SANTOS, 2015). Dessa maneira, será mesmo que metade dos detentos necessita aguardar a decisão judicial privada de liberdade, como presos provisórios?

As prisões provisórias, no direito penal, são aquelas que ocorrem antes da condenação definitiva do réu.<sup>1</sup> São espécies de medidas cautelares,<sup>2</sup> que visam garantir a aplicação da lei penal ou, em determinados casos, evitar a prática de outras infrações durante o processo. Entre nós, seu uso tem sido considerado “sistemático, abusivo e desproporcional” (IPEA, 2015, p. 38), uma vez que boa parcela dos presos provisórios não é, ao final do processo, condenada à pena privativa de liberdade (IPEA, 2015, p. 38).

Com o objetivo de reduzir o uso da prisão preventiva, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em fevereiro de 2015, o Projeto Audiência de Custódia, que instituiu nova audiência judicial com vistas a garantir que toda pessoa presa em flagrante seja rapidamente apresentada à autoridade judicial. Trata-se de um dispositivo cujo amparo legal se assenta no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ambos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Pela sistemática do CNJ, o preso em flagrante deve ser apresentado em até 24 horas para uma audiência, em que se fazem presentes o promotor e o defensor, além do próprio preso, cabendo ao juiz decidir sobre a legalidade da prisão e sobre a necessidade de imposição de alguma medida cautelar durante o processo penal.

Antes da Audiência de Custódia, a decisão sobre a conversão do flagrante em prisão durante o processo era tomada pelo juiz de maneira isolada, com a análise dos documentos

...

- 1 As prisões provisórias são: a *prisão em flagrante*, a qual visa interromper atividade potencialmente criminosa e preservar elementos do crime (regida pelos arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal – CPP); a *prisão preventiva*, que objetiva impedir eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou terceiros que possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo (regida pelos arts. 312 a 316 do CPP); e a *prisão temporária*, que visa garantir a instrução criminal e é cabível apenas durante a investigação (regida pela Lei n. 7.960/1989).
- 2 São medidas cautelares: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica, prisão domiciliar, temporária e preventiva (arts. 283 e 317 a 319 do CPP).

produzidos pelas polícias, sem qualquer participação direta da pessoa presa, de seu defensor ou do promotor de justiça (SANTOS, 2015). Na Audiência de Custódia, o juiz deve ouvir o preso, o defensor e o promotor antes de determinar a prisão ou a liberdade provisória. É, portanto, um instituto que visa qualificar e humanizar o processo decisório sobre a prisão preventiva, de modo a incentivar o melhor conhecimento do preso em flagrante e a conseguinte aplicabilidade de outras medidas cautelares que podem se mostrar mais efetivas do que a privação da liberdade (KULLER e GOMES, 2019).

Em âmbito nacional, a Audiência de Custódia foi normatizada pelo CNJ a partir da Resolução n. 213, de dezembro de 2015. Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça (TJMG) publicou a Resolução n. 796/2015, regulamentando esse procedimento e os prazos para apresentação do preso em flagrante ao juiz, ao promotor e ao defensor. No entanto, como destaca a revisão de Azevedo e Sinhoretto (2018), existe uma enorme disjunção entre os requisitos legais de uma decisão e aqueles que efetivamente orientam a prática dos operadores no Brasil. Logo, apesar de a Audiência de Custódia visar a uma análise mais detalhada da prisão em flagrante, da trajetória do criminoso e da possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares, é possível que seus resultados sejam muito diversos dos pretendidos (KULLER e DIAS, 2019).

Este artigo procura desvelar quais foram os determinantes das decisões tomadas nas Audiências de Custódia realizadas em Belo Horizonte entre setembro de 2015 e março de 2016, com o objetivo de entender qual é o peso dos critérios legais *vis-à-vis* dimensões que compõem o estereótipo do “criminoso” no Brasil. Pretendemos problematizar em que medida o Poder Judiciário é um órgão técnico (que decreta prisões preventivas a partir de critérios legais) ou, ao contrário, um mecanismo de reforço de estereótipos sociais (que decreta prisões preventivas para sujeitos que têm características do “elemento suspeito”).

## 1. O QUE É A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

De acordo com o Código de Processo Penal (CPP), qualquer prisão em flagrante deve ser comunicada em até 24 horas ao juiz,<sup>3</sup> para que ele decida acerca da manutenção da restrição da liberdade, da liberação do indivíduo preso sob determinadas circunstâncias ou do relaxamento da prisão.<sup>4</sup>

...

3 CPP, “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

4 CPP, “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes

Antes da instituição da Audiência de Custódia, tal decisão era tomada no gabinete do juiz, sem qualquer garantia de ampla defesa e contraditório, pois bastava a comunicação do flagrante (e não a apresentação da pessoa) para se atender aos requisitos previstos no CPP. Exatamente por isso entendia-se que existia excesso no uso dessas medidas: como o juiz não entrava em contato com a realidade do preso, a tendência era a conversão imediata do flagrante em prisão provisória (SANTOS, 2015).

Com a publicação da Resolução n. 213/2015 pelo CNJ, os tribunais do país passaram a ter de garantir, de maneira progressiva, a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial, em cumprimento aos tratados internacionais de direitos humanos supramencionados. Desde dezembro de 2015, é obrigatória a realização da chamada Audiência de Custódia horas depois da prisão em flagrante, com vistas a verificar a legalidade da detenção, a trajetória do preso em flagrante e a natureza do crime cometido (JESUS *et al.*, 2018). Nesse momento, não se decide sobre a autoria do delito, mas tão somente sobre a prisão e a imposição de uma medida cautelar que melhor se aplique à situação.

Algumas comarcas brasileiras adotaram as Audiências de Custódia de maneira experimental e, antes mesmo da publicação da Resolução do CNJ (em dezembro de 2015), tribunais de justiça e governos estaduais poderiam aderir ao Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015, firmado entre o CNJ, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Ministério da Justiça, a fim de colocar as audiências em prática. Em fevereiro de 2015, São Paulo foi a primeira unidade da federação a implantá-la (IDDD, 2016). Em Minas Gerais, com a publicação da Resolução n. 796/2015 pelo TJMG, as Audiências de Custódia foram implementadas em Belo Horizonte a partir de agosto do mesmo ano.<sup>5</sup>

A partir da implementação da Audiência de Custódia, a análise sobre as consequências da prisão em flagrante, que até então era realizada de modo isolado pelo juiz, passou a contar também com a manifestação do promotor de justiça e do defensor, além do contato direto com a pessoa presa, que pode responder a quaisquer demandas dos operadores, de maneira que as medidas cautelares possam ser adequadas à realidade de cada custodiado (KULLER e DIAS, 2019). Cabe destacar que, mesmo nessa audiência, é possível a transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva a partir da decisão do juiz. Para tanto, o magistrado deve examinar o caso em termos de requisitos, hipóteses e fundamentações possíveis para a decretação da medida cautelar.

...

do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

<sup>5</sup> Até a presente data (dezembro de 2018), as Audiências de Custódia em Belo Horizonte continuam a ser realizadas diariamente, inclusive em fins de semana e feriados, com base na Resolução n. 796/2015 do TJMG e na Resolução n. 213/2015 do CNJ. Desde a sua implementação, seu funcionamento ocorre no Fórum Lafayette, junto à Central de Recepção de Flagrantes (Ceflag) do TJMG.

O requisito necessário para a decretação da prisão preventiva é a prova da existência do crime e indícios de autoria (trata-se do *Fumus Comissi Delicti*). No caso das Audiências de Custódia, é possível verificar essas dimensões pela observância do flagrante, pois entende-se que a prisão do indivíduo no momento ou logo após o cometimento do delito é elemento suficiente para a prova da materialidade e indício de autoria.

O passo seguinte consiste na revisão das hipóteses específicas que autorizam a aplicação da prisão preventiva.<sup>6</sup> Dentro da moldura do CPP, o juiz só pode converter o flagrante em preventiva se a pena prevista para o crime for superior a quatro anos, se o indivíduo foi reincidente por crime doloso, se descumpriu medida cautelar anteriormente imposta ou, ainda, para salvaguardar o cumprimento de medida protetiva decorrente da aplicação da Lei Maria da Penha. Fora desses casos, a liberdade é imperiosa.

A terceira etapa é verificar se existe fundamentação legal para o sujeito permanecer preso durante a instrução criminal. Para tanto, o magistrado deve se valer das previsões do art. 312,<sup>7</sup> as quais admitem a restrição provisória da liberdade para a conveniência do processo penal, garantia da instrução criminal, da ordem pública e econômica. Verificados os requisitos e as hipóteses, é possível que o magistrado entenda que o indivíduo preso em flagrante deve permanecer preso ao longo de todo o processo por não ter residência fixa (conveniência do processo penal), estar ameaçando testemunhas (garantia da instrução criminal), correr o risco de delinquir novamente (garantia da ordem pública) ou colocar em risco a nossa economia (garantia da ordem econômica).

Se olharmos para as balizas estabelecidas pelo CPP, veremos que as situações nas quais a prisão preventiva pode ser decretada são muito amplas (previsões do art. 312 do CPP), cabendo ao magistrado usar de sua discricionariedade para decidir sobre o equilíbrio entre os direitos individuais do preso em flagrante e a garantia do bem-estar da sociedade. Esse exame exige

...

6 CPP, “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

7 CPP, “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

um exercício de prospecção, pois o magistrado não teria como, em princípio, garantir a conduta futura do preso em flagrante em termos de cometimento de novos delitos ou escape das garras da lei. Por isso, até dezembro de 2015 poucos eram os casos em que, após o exame da documentação, o juiz convertia as prisões em flagrante em medidas cautelares diversas da privação de liberdade (VASCONCELLOS, 2008).

Procurando qualificar esse processo decisório, a partir de uma análise mais minuciosa de como aconteceu a prisão em flagrante, de quem é o criminoso e de qual é o perigo que ele efetivamente apresenta para a sociedade (arts. 312 e 313 do CPP), o CNJ instituiu a Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, a qual determina que “toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão” (art. 1).<sup>8</sup>

Uma vez instituídas as Audiências de Custódia, foram realizadas análises sobre (i) quem eram os presos em flagrante e os tipos criminais flagrados pelas organizações policiais e (ii) quais eram as medidas cautelares aplicadas (BALLESTEROS, 2016a; IDDD, 2016; AZEVEDO *et al.*, 2017). Em todos esses trabalhos, é notório como essas instâncias devem ser vistas como resultado do trabalho das polícias, sobretudo as responsáveis pelo policiamento ostensivo (JESUS *et al.*, 2018), posto que recebem sujeitos que compõem o perfil do “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005). Vejamos, então, como isso acontece.

## 2. SELETIVIDADE POLICIAL E AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: HÁ RELAÇÃO?

Em todo o mundo, as organizações policiais são a porta de entrada do sistema de justiça criminal. Cabe a elas decidir, com base nas molduras legais, se determinados comportamentos são considerados delituosos, registrá-los e encaminhá-los ao Judiciário para a responsabilização daqueles que os praticaram. Para tanto, os policiais tendem a contar com elevada discricionariedade na atividade de abordar indivíduos em atitudes suspeitas e prender infratores no momento da prática do crime (SANDERS e YOUNG, 2012).

...

<sup>8</sup> Nota-se que tal ato normativo já foi objeto de controle de constitucionalidade pela ADI 5.448, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), que teve negado o seu segmento por falta de legitimidade ativa, e pela ADI 5.240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia (Adepol) e julgada improcedente. Nesta última oportunidade, em que foi debatido o poder normativo do CNJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) ressaltou a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos no território nacional, os quais foram considerados normas válidas, de caráter supralegal, autoaplicáveis no ordenamento interno e fonte de direitos e obrigações juridicamente exigíveis.

Ocorre que, no Brasil, em razão da enorme desigualdade social existente, o exercício da função de policiamento ostensivo, ao longo de nossa história, foi compreendido como vigilância das classes perigosas (HOLLOWAY, 1997). Assim, em vez de investigar as causas dos crimes, para prender somente quem desrespeita a lei, evitando-se novos delitos, as polícias (militar e civil) tendem a inverter essa lógica (MISSE, 2014). Com isso, suas ações ficam voltadas para os criminosos em detrimento dos crimes, utilizando a criminologia positivista para orientar seu trabalho (ALVAREZ, 2017). Como já nos alertava Paixão (1982), primeiro as polícias acham o criminoso, para depois saber qual foi o crime que o sujeito praticou, dada a vigilância específica de um segmento da população, o que faz que apenas uma classe social seja registrada como autora de delitos.

No entender de Sanders e Young (2012), esse fenômeno seria mais difundido em âmbito mundial do que tendemos a acreditar, posto que a cultura policial faz que esses profissionais tendam a estruturar a sua ação na rua a partir de elementos que levam à estereotipação de grupos e indivíduos. Quanto mais os policiais abordam indivíduos em atitude suspeita e conseguem prendê-los em flagrante delito, mais eles tendem a reforçar os entendimentos da criminologia positivista de que certos sujeitos são mais propensos à infração de regras. O que nos diferenciaria de outras polícias seria a ausência de variação no perfil de quem é abordado em “atitude suspeita” e preso em flagrante.

No Brasil, o trabalho seminal de Ramos e Musumesci (2005) indicou como policiais militares do Rio de Janeiro constroem padrões de policiamento orientados para a detenção de “elementos suspeitos”, que nada mais são do que indivíduos jovens, do sexo masculino, pretos e pobres. Inclusive, sujeitos com esse perfil tendem a ser nomeados pela Polícia Militar como “freios de camburão” (RAMOS, 2015, p. 13), ou seja, ao se deparar com esse perfil, os policiais em patrulhamento ostensivo tenderiam a parar imediatamente a patrulha para abordá-los.

Esse padrão de operação das polícias – partindo do sujeito para o crime – ajuda a entender por que jovens, pretos e pardos, moradores de periferia compõem a quase totalidade dos presos em flagrante e também dos mortos em ações policiais (ZACCONE, 2015). São eles que compõem o estereótipo social do bandido (MISSE, 2010).

As pesquisas já realizadas sobre a constituição e o funcionamento das Audiências de Custódia no Brasil apontam para a premência da categoria “elemento suspeito” como orientador das práticas policiais. A maioria dos presos em flagrante tem um mesmo perfil: homens, jovens, pretos e pardos, residentes em áreas de periferia, que foram detidos em atitudes suspeitas, as quais revelaram o envolvimento desses sujeitos em delitos como tráfico de drogas e roubo (AZEVEDO *et al.*, 2017; IDDD, 2016, BALLESTEROS, 2016a).

O relatório “Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais” indica que em seis estados da federação brasileira existe uma enorme seletividade nos casos apresentados à Audiência de Custódia, tanto no que tange ao tipo penal quanto ao perfil do custodiado (AZEVEDO *et al.*, 2017). Em todas as localidades, há predominância dos delitos patrimoniais (roubo,

furto e receptação totalizam 47,2%) e do tráfico de drogas (16,9% dos crimes), que, nesse caso, se configura pela posse de qualquer quantidade de drogas (AZEVEDO *et al.*, 2017). No que se refere às pessoas presas, essas são jovens (51% até 25 anos de idade), pretos (26%) e pardos (39%), confirmando que a matéria-prima apresentada nas Audiências de Custódia é o “bandido” (MISSE, 2010).

É bom lembrar que, na Audiência de Custódia, não cabe ao juiz decidir sobre o mérito da conduta criminal, mas sim sobre como será o processamento do caso para o indivíduo, se ele estará livre ou preso (KULLER e DIAS, 2019). Portanto, em uma Audiência de Custódia a matéria-prima é apresentada pela polícia e analisada pelos operadores do direito, que decidem se os sujeitos podem ou não voltar para casa em liberdade (JESUS *et al.*, 2018). A pretensão era de que o projeto significasse, em longo prazo, a redução substantiva dos presos provisórios pela aplicação de outras medidas diversas da prisão. Atualmente, os percentuais de prisão preventiva divulgados pelo próprio CNJ giram em torno de 55%, indicando que essa é a medida cautelar preferencial dos juízes.<sup>9</sup>

A pergunta que permanece em aberto é se os indivíduos que receberam medidas cautelares diversas da prisão têm um perfil específico. Se apenas aqueles que se enquadram na categoria de “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005) recebem a prisão preventiva na Audiência de Custódia, é possível afirmar que existem vieses sociais nas decisões judiciais. Se não há esses elementos, é possível que apenas os critérios jurídicos anteriormente elencados sejam determinantes nessa decisão judicial.

Se a seletividade operada pela polícia, em razão da raça e do sexo, é um tema bastante frequente na sociologia (ALBERNAZ, 2015), no âmbito dos estudos empíricos em direito são poucos os trabalhos que se destinam a mensurar o efeito das características sociais dos presos em flagrante no processo decisório construído por juízes, promotores e defensores (AZEVEDO e SINHORETTO, 2018). Como estudiosos do tema, por que não percebemos a presença da seletividade em âmbito judicial?

Kant de Lima (2008) sublinha que a justiça se mantém pura aos olhos sociais, na medida em que se beneficia do filtro das práticas da polícia, que operam considerando que a estrutura social do país é hierárquica e, por isso, atribuem graus de cidadania diferenciados aos indivíduos de acordo com a sua posição nos estratos de classe. Logo, o problema da seletividade estaria no foco da polícia no elemento suspeito, e a justiça estaria isenta porque não foi ela quem escolheu quais crimes e quais criminosos devem ser processados. A partir da narrativa de que apenas a polícia é seletiva, o Judiciário se apresenta como órgão julgador neutro, essencialmente técnico e, diferente de toda a estrutura social que o rodeia, vinculado à igualdade na construção de suas decisões.

...

<sup>9</sup> Dados disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 18 out. 2019.

Alguns pesquisadores têm procurado descortinar essas engrenagens tecnicistas por meio de análises qualitativas e quantitativas que verificam o peso da cor da pele na chance de condenação. Ao enfrentar esse desafio, Adorno (1995) constatou que, apesar de brancos e pretos cometerem crimes violentos em percentuais semelhantes, os negros eram mais punidos em razão da fraqueza da defesa, muitas vezes patrocinada por defensores públicos que não se envolviam diretamente com o caso. Ribeiro (2010), por sua vez, ao analisar os dados oficiais de homicídio doloso em São Paulo, averiguou que negros tinham mais chances de condenação do que brancos, o que poderia estar associado às conclusões do estudo de Adorno (1995). Por fim, o estudo de Costa Ribeiro (1999), ao examinar o padrão de decisão do júri, procura controlar a influência das características pessoais e outras variáveis, “como as características do caso e a gravidade do crime, para saber exatamente o grau de correlação entre cada variável independente (cada fator) e a variável dependente”. Com isso, ele constatou que, de fato, há uma tendência de maior penalização daqueles sujeitos que têm estereótipo de “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005).

Diante desses resultados, abre-se a seguinte pergunta: existiria, nas Audiências de Custódia, essa seletividade da prisão preventiva, atribuída majoritariamente aos indivíduos com o perfil de “elemento suspeito”?

Algumas análises ajudam a responder a essa indagação indiretamente, seja pelo parco tempo que o defensor tem para conversar com o preso em flagrante (IDDD, 2017), o que confirmaria o estudo de Adorno (1995); seja em razão da mentalidade dos operadores do direito, de que existe um “bandido” que deve ser punido antes mesmo do processo penal com a prisão preventiva (CRISP, 2017), o que caminharía na direção da análise de Costa Ribeiro (1999). Ademais, algumas pesquisas destacaram meandros que reforçam a ideia de que a seletividade começa na polícia, mas é reificada na justiça, por exemplo, com a exaltação da fé pública do policial para a formação da convicção judicial (JESUS, 2016) e, por conseguinte, o questionamento da credibilidade do relato da pessoa presa (JESUS *et al.*, 2018, p. 168).

O relatório “Liberdade em Foco”, por exemplo, indica que, em São Paulo, mesmo em casos nos quais a vítima apresentava escoriações visíveis, nenhuma medida de proteção ou de investigação foi deferida na audiência (IDDD, 2016, p. 34). Já a pesquisa “Audiências de Custódia e prevenção à tortura, análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento” relata que alguns juízes têm alterado o propósito da audiência, transformando-a em um rito sumaríssimo do processo penal (BALLESTEROS, 2016a). Nos casos em que o réu confessa o crime, o Ministério Público oferece de pronto a denúncia, de modo a suprimir a fase probatória preliminar (BALLESTEROS, 2016b).

Em conjunto, esses resultados de pesquisa nos permitem questionar se a Audiência de Custódia não seria um *loci* de reforço de estereótipos sociais, levando todos os indivíduos com o perfil de “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005) à condição de presos provisórios e liberando os demais, com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Com isso, as molduras instituídas pelo CPP (escrutinadas no item anterior) poderiam suscitar

interpretações diferenciadas, enviesadas pelas características socioeconômicas dos indivíduos, o que aumentaria a chance de determinação da prisão como medida cautelar. Tal fenômeno merece ser analisado porque nega a própria essência da cidadania, que teria no acesso igualitário à justiça sua forma de institucionalização.

Portanto, nosso objetivo nas próximas seções é entender em que medida os operadores do direito reificam a seletividade policial, estabelecendo a prisão preventiva para indivíduos com o perfil de “elemento suspeito” no âmbito das Audiências de Custódia. Para tanto, usaremos dados qualitativos e quantitativos coletados em Belo Horizonte entre setembro de 2015 e março de 2016.

### 3. METODOLOGIA

Em Minas Gerais, o projeto das Audiências de Custódia foi regulamentado em junho de 2015, com a assinatura da Resolução n. 796/2015, e, em 13 de agosto de 2015, iniciou-se o funcionamento das audiências propriamente ditas. Em setembro do mesmo ano, a coleta de dados que sustenta a dimensão empírica deste trabalho foi iniciada.

A partir de uma parceria entre o Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (Crisp) e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), entre setembro de 2015 e março de 2016 foram acompanhadas 825 Audiências de Custódia, uma amostra de 14% do total de audiências realizadas no período (Tabela 1).

TABELA 1 – QUANTIDADE DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS EM BELO HORIZONTE E TOTAL DE CASOS ACOMPANHADOS PELA EQUIPE DA PESQUISA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)

MÊS/ANO	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	AUDIÊNCIAS ACOMPANHADAS	PERCENTUAL DE ACOMPANHAMENTO
SET./15	757	76	10%
OUT./15	778	145	19%
NOV./15	744	118	16%
DEZ./15	757	81	11%
JAN./16	801	82	10%
FEV./16	946	145	15%

(continua)

MÊS/ANO	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	AUDIÊNCIAS ACOMPANHADAS	PERCENTUAL DE ACOMPANHAMENTO
MAR./16	944	178	19%
TOTAL	5.727	825	14%

Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

Para a coleta de informações foram utilizados dois formulários: um para levantar dados sobre os atores envolvidos e a dinâmica da audiência, e outro para extrair informações dos Autos de Prisão em Flagrante Delito (APFD), das Certidões de Antecedentes Criminais (CAC) e das Atas de Audiência. Todos esses dados foram, posteriormente, digitalizados e importados ao programa Statistical Package for the Social Sciences (SPSS), o que permitiu a construção de tabelas de frequência e modelos estatísticos para o entendimento dos determinantes das decisões judiciais.

Ao longo do período de monitoramento, os pesquisadores se utilizaram também de cadernos de campo, nos quais eram registradas as impressões e as falas dos operadores, com destaque para o que foi dito ao suspeito e para as conversas entre as audiências. Em abril de 2016, foram realizadas entrevistas em profundidade com juízes, defensores públicos e promotores de justiça que atuavam nas Audiências de Custódia durante o monitoramento (ocorrido de setembro de 2015 a março de 2016) para entender como eles percebiam esse instituto e quais eram as dimensões que levavam em consideração para a formulação de seus pedidos (promotores e defensores) ou de suas decisões (juízes) relacionadas à prisão preventiva. A partir desse material, foi feita uma análise qualitativa por palavras-chave, de modo a identificar os fundamentos levantados pelos operadores ao tomarem decisões em suas rotinas de trabalho. Para garantir o anonimato, eles serão apresentados como Operadores, seguidos pelo número da entrevista.

#### 4. UM PANORAMA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM BELO HORIZONTE

Em Belo Horizonte, as Audiências de Custódia são realizadas no Fórum Lafayette. Apesar de a Resolução n. 796/2015 do TJMG estabelecer o prazo de 24 horas a partir da comunicação da prisão em flagrante para a realização da audiência,<sup>10</sup> na prática esse lapso temporal

10 De acordo com o art. 1º da mencionada resolução: “Art. 1º Esta Resolução regulamenta, no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado de Minas Gerais, o Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que determina a apresentação da pessoa detida em flagrante delito ao juiz competente, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia”.

nem sempre é cumprido. A delonga é justificada pelos operadores em razão do fluxo de trabalho acordado entre as instituições.

Quando a pessoa é autuada em flagrante pela Polícia Militar, ela deve ser conduzida à Central de Flagrantes da Polícia Civil, onde uma matrícula no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), programa que reúne informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, é requerida junto à Subsecretaria de Administração Prisional (Suapi).<sup>11</sup> Recebida a matrícula, o preso é encaminhado para o Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (Ceresp). Posteriormente, é escoltado pelos agentes penitenciários e levado até o Fórum Lafayette. No fórum, o preso aguarda na carceragem, algemado, até o horário da audiência.<sup>12</sup> Considerando esse longo caminho, entre setembro de 2015 e março de 2016, somente 15,4% das audiências foram realizadas no prazo determinado – 77,3% ocorreram em até 48 horas após a efetivação da prisão e 6,4% ocorreram em até 72 horas.

Para entender quem chega até a Audiência de Custódia é preciso dar um passo atrás e analisar a natureza da ação policial que enseja a prisão em flagrante (JESUS *et al.*, 2018). Em 36,5% das situações, os policiais alegaram que a “atitude suspeita” levou à abordagem, que, por sua vez, revelou a prática do delito. Como já pontuado anteriormente, a polícia opera em muitas das vezes do indivíduo para o crime (PAIXÃO, 1982) e, para isso, utiliza-se do protótipo do “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005). Esse processo foi denominado por Michel Misse (2014, p. 209) como sujeição criminal, dada “a expectativa de que determinados indivíduos e grupos sociais, que apresentam determinadas características, tenham propensão a cometer crimes, especialmente violentos”. Em outras palavras, quando a Polícia Militar centra sua ação sobre certas localidades das cidades, em indivíduos que compartilham certos estereótipos, a abordagem por atitude suspeita resulta na prisão de sujeitos com características muito marcadas em termos de sexo, idade e cor da pele (ALBERNAZ, 2015).

Nas audiências acompanhadas, os presos em flagrante compartilhavam as características que compõem o perfil do “elemento suspeito”: 89,9% eram homens; 77,9% eram negros (32,3% pretos e 45,6% pardos); 46,2% tinham entre 18 e 23 anos e, por fim, 45,8% possuíam ensino fundamental incompleto. É um perfil semelhante ao dos indivíduos abordados pela polícia nas grandes cidades por “fundada suspeita” (PINC, 2014) e consonante com

...

11 Hoje, Secretaria de Estado de Administração Prisional em razão da reforma do estado de Minas Gerais aprovada em julho de 2016.

12 É importante salientar que, em pesquisa realizada em 2018, constatou-se que esse percurso e as normativas que orientavam o funcionamento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte permaneciam exatamente as mesmas. Assim, não há novidades nem do ponto de vista de resoluções do TJMG quanto a esse tema nem no que se refere ao percurso dos flagranteados.

o descrito em outras análises sobre a Audiência de Custódia (BALLESTEROS, 2016a; IDDD, 2017; AZEVEDO *et al.*, 2017). Confirmamos, assim, que em Belo Horizonte a seletividade policial produz o mesmo tipo de matéria-prima para as Audiências de Custódia que nas outras cidades pesquisadas.

No que tange às decisões judiciais, em 53,6% a prisão em flagrante se converteu em prisão provisória. Em 0,6% o juiz decidiu pelo relaxamento da prisão, que é a invalidação da detenção por alguma ilegalidade. Em 44,1% houve a liberação do preso com alguma medida cautelar e, em 1,7%, a liberação sem imposição de qualquer medida (Tabela 2). Logo, apesar de a lei prever a prisão como medida excepcional, essa excepcionalidade parece não ser observada pelos operadores: na maior parte dos casos, os flagranteados receberam a prisão preventiva e, por isso, pode ser que não ocorra uma enorme redução do quantitativo de presos provisórios como pressupunha o projeto quando de sua criação pelo CNJ.

TABELA 2 – **DISTRIBUIÇÃO PERCENTUAL DA DECISÃO DO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)**

DECISÃO JUDICIAL	FREQUÊNCIA (N)	PORCENTAGEM (%)
DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA	442	53,6
LIBERDADE PROVISÓRIA COM MEDIDA CAUTELAR	364	44,1
LIBERDADE PROVISÓRIA SEM MEDIDA CAUTELAR	14	1,7
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	5	0,6
TOTAL	825	100,0

Fonte: Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

No âmbito das Audiências de Custódia, em conformidade com o §1 do art. 8º da Resolução do CNJ n. 213/2015, é vedada a discussão sobre o mérito dos fatos, haja vista que o objetivo da audiência não é analisar a responsabilidade penal do custodiado, mas sim a necessidade de imposição de alguma medida cautelar (JESUS *et al.*, 2018). Para proferir essa decisão, o juiz deveria ouvir o preso e, depois, de maneira equânime a promotoria e a defesa, ponderando os prós e os contras da privação da liberdade durante a instrução criminal (KULLER e DIAS, 2019). Em Belo Horizonte, na maioria dos casos, o magistrado decide em conformidade com

um dos lados. Há uma identidade de 83,5% entre o pedido do Ministério Público e a decisão da Audiência de Custódia, seja ela de prisão ou de liberdade provisória (Tabela 3).

TABELA 3 – **DISTRIBUIÇÃO PERCENTUAL DA IGUALDADE ENTRE O PEDIDO DO MP E A DECISÃO DO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)**

<b>IGUALDADE ENTRE PEDIDO DO MP E DECISÃO DO JUIZ</b>	<b>FREQUÊNCIA (N)</b>	<b>PORCENTAGEM (%)</b>
NÃO EXISTE IGUALDADE ENTRE O PEDIDO DO MP E A DECISÃO DO JUIZ	136	16,5
EXISTE IGUALDADE ENTRE O PEDIDO DO MP E A DECISÃO DO JUIZ	689	83,5
TOTAL	825	100,0

Fonte: Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

Essa tendência em decidir conforme um dos lados vai em desencontro ao reconhecimento da igualdade jurídica das partes perante a corte, posto que o juiz deveria determinar a medida cautelar aplicável considerando, também, o pedido da defensoria. Assim, a decisão do juiz em consonância com o pedido do Ministério Público de maneira sistemática, sem consideração aos argumentos do defensor, torna inútil um dos objetivos da Audiência de Custódia, qual seja, fazer que o preso participe da tomada de decisão (KULLER e DIAS, 2019). Nesse ponto, não é possível negligenciar a literatura que aponta para o mito da igualdade jurídica, posto que preponderaria na realidade das audiências a meta de eficiência, o que inclui a produção do maior número possível de decisões no menor espaço de tempo (SAPORI, 1995). Isso ajuda a entender por que a média de duração da Audiência de Custódia no período do acompanhamento variou entre 10 e 15 minutos.

Argumentamos, então, que a enorme coincidência entre o pedido da promotoria e a decisão do juiz leva à institucionalização da justiça em linha de montagem, na qual “individualidades dos processos são desconsideradas, sendo que prevalece o tratamento categorizado deles” (SAPORI, 1995, p. 3). Nessa situação, “são empregadas técnicas padronizadas que permitem o despacho dos processos de forma seriada, em grande quantidade e num curto intervalo de tempo” (SAPORI, 1995, p. 3). Em outras palavras, na busca pela eficiência, suprime-se a análise das peculiaridades de cada sujeito flagranteado, o que estaria representado no pedido do defensor, relegando a segundo plano a avaliação de qual seria a medida cautelar mais aplicável àquela situação. A qualificação do processo decisório pela

igual participação da promotoria e da defesa passa a ser observada de maneira apenas cerimonial e não substantiva.

Porém, essa análise não responde ainda às indagações referentes às características do flagranteado e aos requisitos, fundamentações e hipóteses da prisão preventiva que fazem com que essa justiça em linha de montagem seja mais tendente à prisão preventiva do que à liberdade provisória. Ou seja: quais são as variáveis que influenciam, do ponto de vista estatístico, os padrões de decisão sobre a prisão preventiva no âmbito da Audiência de Custódia em Belo Horizonte?

## 5. O PROCESSO DECISÓRIO: O QUE DETERMINA A PRISÃO PREVENTIVA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

Nesta seção, procuramos entender em que medida a decisão de manter a pessoa presa na Audiência de Custódia é influenciada por fatores extrajurídicos (como raça e classe social), para além dos requisitos, hipóteses e fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva nos termos do CPP. Para tanto, optamos por realizar uma análise mista, em que modelos estatísticos se conjugam ao discurso dos entrevistados, na tentativa de desvelarmos as engrenagens da justiça.

O primeiro passo foi escolher as dimensões de análise. As variáveis extrajurídicas foram selecionadas a partir dos elementos que compõem a sujeição criminal (MISSE, 2014), compondo o perfil do “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005). Ou seja, são aquelas características sociais reconhecidas pela literatura como as que direcionam a ação da polícia pela busca do criminoso em detrimento da procura por indícios do crime, quais sejam, ser jovem, do sexo masculino, preto e pardo, com baixa escolaridade (ALBERNAZ, 2015).

No caso das variáveis jurídicas, nos valem das molduras legais que balizam a decretação das prisões preventivas. Para tentar transformar essas dimensões em variáveis quantificáveis, utilizamos as entrevistas como fonte de análise, posto que nelas são explicitados os critérios do CPP empregados pelos operadores para a decretação da prisão preventiva. Essa etapa foi importante porque, no contexto das entrevistas, os operadores do direito procuraram racionalizar e explicitar aquilo que, no exercício da função, afirmavam considerar motivações justas e legais para a adoção de uma dada medida cautelar.

No que tange aos fundamentos citados no art. 312 do CPP, o local de residência era perguntado em audiência e, muitas vezes, a menção à ausência de um lugar onde o sujeito pudesse ser encontrado foi um critério levantado pelos operadores como indicativo da necessidade da prisão como medida cautelar. Eles entendiam que a pessoa sem endereço formal não poderia ser posteriormente encontrada pela justiça e, por isso, deveria permanecer presa. Somente 17,8% dos indivíduos presos em flagrante não tinham residência fixa, e vários deles apontaram a rua como sua principal morada. Nas entrevistas, essa diferença de tratamento dada aos moradores de rua é, por vezes, vista com naturalidade e, por vezes, questionada como um fator injusto de diferenciação. Vejamos dois exemplos:

O que se pergunta em uma Audiência de Custódia é qualificação pessoal dele, sua situação de vida, quanto que ele ganha, se ele pode pagar fiança através do simples sustento familiar, **se ele tem residência fixa que permite a monitoração eletrônica**, é isso que se pergunta. (Operador 3, grifos nossos)

Audiência de Custódia passa a ser um fator de desigualdade muito grande, principalmente quando você vê que... **se a pessoa não falasse que ela mora na rua, ela teria a liberdade dela concedida**. Ela é honesta o suficiente pra dizer que ela não tem endereço fixo, que ela é moradora de rua, ela perambula as ruas da cidade, e por essa razão ela é mantida presa. Então eu acho [...] que é difícil você ver um APF quando a pessoa não informa endereço, muitas vezes ela informa, ela tem endereço cadastrado, mas ela já saiu de casa há muito tempo e não é atualizado... e ela é honesta... e não existe essa informação pro juiz que vai... é... decidir acerca da sua liberdade, então ele não tem acesso a essa pessoa e ela consegue a liberdade. Então eu acho um contrassenso muito grande. (Operador 2, grifos nossos)

Outro elemento muito mencionado foi o uso de armas, que seria indicativo da predisposição à prática delitiva. Sua presença contribuía para o entendimento de que o sujeito era perigoso à sociedade. Somente 27% dos sujeitos levados à Audiência de Custódia foram presos em flagrante com arma de fogo.

Ademais, a presença de antecedentes criminais, categoria construída pelos operadores para englobar todo e qualquer registro, seja policial ou judicial, presente na certidão de antecedentes criminais, era um alusivo ao passado de cometimento de crimes, o que, na visão de juízes, promotores e defensores, deveria levar à prisão preventiva, dado o prognóstico de o sujeito cometer outros delitos e, dessa maneira, comprometer o bem-estar da sociedade. Nos casos acompanhados, 56,4% dos presos em flagrante estavam nessa situação.

Outra dimensão, observada tanto nas conversas entre os operadores como nas entrevistas, era a constante menção ao tráfico de drogas como um delito que sugeria carreira criminal por parte do preso em flagrante. Entendemos que a política de “guerra às drogas”, adotada no Brasil nas últimas décadas, construiu um inimigo comum: o traficante, que representa a materialização do ser criminoso (JESUS, 2016), de modo que a sua prática delitiva vai além do ato em si, sendo considerado como ato promotor de outras criminalidades e, por essa razão, algo que deve ser combatido e eliminado (ALVAREZ, FRAGA e CAMPOS, 2017). Notamos que, nas entrevistas, os operadores afirmavam a dificuldade de se conceder a liberdade nos casos de tráfico de drogas exatamente por esses motivos.

Agora... eu não vou te negar que no tráfico a grande dificuldade é a aplicação de cautelar. Primeiro, no tráfico não... não é aplicável fiança, eu não posso dar uma fiança. A tornozeleira eletrônica... é o que a gente tem colocado aqui, ela se mostra muitas

vezes [ ], por quê? Porque às vezes a pessoa está traficando droga dentro de casa! Então se... se eu mando... Aí, para ela é cômodo não trabalhar! Ficar dentro de casa o dia inteiro e no tráfico de drogas! (Operador 2)

Existe, contudo, certa celeuma quanto à aplicabilidade desse entendimento expressado pelo entrevistado no âmbito da doutrina jurídica, pois não seria qualquer tipo de tráfico de drogas que permitiria a prisão como medida cautelar. Isso porque o art. 33º, § 4, da Lei n. 11.343/2006 prevê a figura do tráfico privilegiado, a qual implicaria a redução da pena aplicável ao delito “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Logo, em se tratando de um sujeito que não tem dívidas anteriores com a justiça, a prisão preventiva não seria cabível por falta de proporcionalidade, já que, ao final do processo, haveria grande chance de a pessoa receber uma pena diversa da prisão.

Porém, na realidade de Belo Horizonte, encontramos um cenário muito distinto. Dos casos de tráfico de drogas acompanhados nas Audiências de Custódia (os quais representam 19,9% dos casos, com 164 ocorrências), apenas 11 indivíduos não apresentavam registro criminal (incluindo atos infracionais). No entanto, desses 11, 8 receberam prisão preventiva. Nessas situações, o juiz não considerou o tráfico como privilegiado, o que nos permite, para fins analíticos, classificar o tráfico de drogas como critério jurídico à determinação da prisão preventiva, pois, de acordo com os entrevistados, esse delito representa um crime hediondo, diferenciando-se dos tipos penais mais comuns nas audiências.<sup>13</sup>

Portanto, as variáveis que escolhemos como critérios legais, porque mencionadas nas entrevistas com os operadores como elementos que orientam seus pedidos (promotoria e defesa) e suas decisões (juiz) com relação à prisão preventiva, dizem respeito a dois elementos do art. 312 do CPP, quais sejam, assegurar a aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública (Quadro 1).

13 Ademais, é importante considerar o contexto da pesquisa: por meio do *Habeas Corpus* n. 118.533/2016, o STF decidiu que a figura do tráfico privilegiado não caracteriza crime hediondo. Porém, tal decisão é de junho de 2016, de modo que a pesquisa de campo foi realizada antes dessa decisão.

QUADRO 1 – CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA MENSURAR OS DETERMINANTES DAS DECISÕES DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS JURÍDICOS

FUNDAMENTAÇÃO: ART. 312 DO CPP	CRITÉRIO UTILIZADO PELOS OPERADORES, REVELADO NAS ENTREVISTAS
ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL	GARANTIR QUE A PESSOA PRESA SERÁ NOVAMENTE ENCONTRADA PARA COMPARECER AOS ATOS DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E INSTRUÇÃO CRIMINAL POR: <ul style="list-style-type: none"> <li>• NÃO TER RESIDÊNCIA FIXA.</li> </ul>
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	IMPEDIR QUE O PRESO EM FLAGRANTE COMETA NOVOS CRIMES, GERANDO DESORDEM, O QUE PODE SER MENSURADO POR: <ul style="list-style-type: none"> <li>• TER ANTECEDENTES CRIMINAIS (PELA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA);</li> <li>• USAR ARMA DE FOGO (PELA GRAVIDADE DO DELITO, PREDISPOSIÇÃO PARA A PRÁTICA DE DELITOS, POIS TEM EM SUAS MÃOS UM INSTRUMENTO QUE VIABILIZA O USO DA VIOLÊNCIA);</li> <li>• TER REALIZADO TRÁFICO DE DROGAS (PELA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO).</li> </ul>

Fonte: Elaboração das autoras.

Feita a escolha dos critérios extrajurídicos (sexo, idade, raça e escolaridade do flagranteadado) e jurídicos (Quadro 1) que podem explicar a decisão que estabelece a prisão preventiva na Audiência de Custódia, passamos à construção dos modelos estatísticos, que nada mais são do que uma representação matemática de como esses elementos se combinam para gerar o resultado esperado.

$$\theta = \beta_0 + \beta_1 x_1 + \beta_2 x_2 + \dots + \beta_n x_n$$

Nessa equação, a variável resposta ( $\theta$ ) assume valor um, se o indivíduo recebe a prisão provisória na Audiência de Custódia, e valor zero, se o indivíduo recebe outra medida cautelar. Esse resultado é gerado a depender dos valores de  $\beta$  de cada uma das variáveis independentes.

De acordo com Oliveira (2016, p. 146),  $\beta$  é um vetor de parâmetros a ser estimado para mensurar o impacto de variações nas variáveis explicativas em  $x_i$ , sobre as probabilidades da decretação da prisão preventiva. Essa função de distribuição cumulativa se restringe ao intervalo  $[0, 1]$ , em que 0 é recebimento de medida cautelar diversa da prisão e 1 é recebimento

de prisão preventiva. As variáveis independentes (aquelas utilizadas como preditoras da resposta) também foram categorizadas no formato binário de sim (valor 1) ou não (valor 0), nos termos da Tabela 4.

TABELA 4 – **DISTRIBUIÇÃO DAS VARIÁVEIS CONSIDERADAS PARA A CONSTRUÇÃO DO MODELO LOGÍSTICO BINOMIAL – AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)**

POSICÃO NO MODELO	VARIÁVEIS	NÃO (VALOR 0)		SIM (VALOR 1)		SEM INFORMAÇÃO	
		N	%	N	%	N	%
VARIÁVEL DEPENDENTE	O FLAGRANTEADO RECEBEU A PRISÃO PREVENTIVA?	382	46,3	443	53,7		
VARIÁVEIS INDEPENDENTES (EXTRALEGAIS)	O FLAGRANTEADO É DO SEXO MASCULINO?	83	10,1	742	89,9		
	O FLAGRANTEADO É JOVEM (IDADE ENTRE 18 E 23 ANOS)?	436	52,8	381	46,2	8	1,0
	O FLAGRANTEADO É NEGRO (PRETO OU PARDO)?	182	22,1	643	77,9		
	O FLAGRANTEADO TEM ESCOLARIDADE ATÉ O PRIMEIRO GRAU INCOMPLETO?	344	41,7	378	45,8	103	12,5
	O INDIVÍDUO FOI PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS?	661	80,1	164	19,9		
VARIÁVEIS INDEPENDENTES (LEGAIS)	O INDIVÍDUO USOU ARMA DE FOGO PARA COMETER O DELITO?	602	73,0	223	27,0		
	O INDIVÍDUO POSSUI ANTECEDENTES CRIMINAIS?	360	43,6	465	56,4		
	O INDIVÍDUO TEM RESIDÊNCIA FIXA?	147	17,8	647	78,4	31	3,8

Fonte: Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

No modelo binomial logístico, a interpretação dos resultados é sempre comparada, pois mensuramos o efeito de o sujeito ter certas características *versus* o efeito de não as ter na produção do resultado final (decisão judicial). Para tanto, verificamos se há aumento nas razões de chance de prisão preventiva, dado que o indivíduo é um homem *versus* uma mulher.

As análises subsequentes irão se centrar no valor exponencial do coeficiente (B), que “indica a mudança nas chances preditas do evento ocorrer em relação às possibilidades dele não ocorrer” (OLIVEIRA, 2018, p. 240). Quando o valor desse coeficiente for maior que 1, significa que as variáveis independentes aumentam a chance de decretação da prisão preventiva na Audiência de Custódia. Quando ele for menor que 1, ocorre o inverso, e tais categorias diminuem as chances de essa medida cautelar ser adotada.

Para facilitar a compreensão dos resultados foram estimados três modelos. O primeiro apresenta a influência das variáveis extrajurídicas nas chances de o indivíduo receber a prisão preventiva; o segundo indica a influência das variáveis jurídicas; o terceiro aponta os resultados combinados dos dois conjuntos de variáveis independentes.

### 5.1 MODELO I – VARIÁVEIS EXTRAJURÍDICAS

No Brasil, o encarceramento predominante de homens, jovens, pretos e pardos e de baixa escolaridade encontra na seletividade policial uma das interpretações mais correntes, e o sistema de justiça criminal não teria papel de destaque nessa equação porque processa a matéria-prima que lhe é apresentada. Caso apenas a polícia fosse seletiva, as características extrajurídicas dessa população vigiada não teriam qualquer efeito ao longo do fluxo de processamento no sistema de justiça criminal (AZEVEDO e SINHORETTO, 2018) e, muito menos, papel de destaque nas decisões proferidas nas Audiências de Custódia.

Realidade distinta é encontrada em Belo Horizonte (Tabela 5). Ao analisarmos o coeficiente (B) desse modelo, constatamos que ser homem aumenta em 3.389 vezes a chance de receber a prisão preventiva em detrimento da liberdade; ser negro (preto ou pardo) aumenta em 1.767 vezes a chance de encarceramento como medida cautelar; e ter idade entre 18 e 23 anos diminui em 0,563 vez a chance de recolhimento ao cárcere para a espera da decisão judicial. O ensino fundamental, por sua vez, não apresentou significância estatística nessa decisão.

TABELA 5 – RESULTADOS DO MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA QUE ESTIMA A CHANCE DA PRISÃO PROVISÓRIA (EM DETRIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA) A PARTIR DAS VARIÁVEIS EXTRALEGAIS – AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)

VARIÁVEIS INCLUÍDAS NO MODELO	B	E.P.	WALD	GL	SIG.	EXP(B)
PASSO 1ª SER HOMEM	1.221	,293	17.331	1	,000	3.389
TER ENTRE 18 E 23 ANOS	-,574	,155	13.773	1	,000	0,563
SER PRETO OU PARDO	,569	,188	9.178	1	,002	1.767

*(continua)*

VARIÁVEIS INCLUÍDAS NO MODELO	B	E.P.	WALD	GL	SIG.	EXP(B)
TER ATÉ O ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	,057	,156	,133	1	,715	1.058
CONSTANTE	-1.149	,331	12.076	1	,001	,317

Fonte: Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

R-quadrado Nagelkerke = 0,079.

Esse primeiro modelo de regressão logística binomial aponta para a permanência dos critérios que informam a seletividade policial nas decisões judiciais. A percepção dos entrevistados é de que a justiça é seletiva em razão da classe social do sujeito, porque tais sujeitos são preferenciais nas abordagens policiais, como indicam os seguintes depoimentos:

É... no meu entendimento eu acho que a justiça criminal brasileira é seletiva. Existe um perfil de pessoas que... mas isso não parte da justiça, né? Parte da própria investigação criminal. O tratamento, no meu entendimento, não é o mesmo... em relação ao poder aquisitivo das pessoas, porque não existe uma atuação efetiva dos poderes, assim, como um todo... que não seja a... a... no meu entendimento existe a criminalização da pobreza. Eu entendo que a parcela da população, ela é mais vulnerável a... a atuação da polícia e da justiça como um todo, e ela é... acaba sendo mais alvo de atuações policiais. (Operador 2)

a Justiça Criminal, ela é... trabalha basicamente com a prisão em flagrante. [...] A Justiça Criminal é muito seletiva, né? Infelizmente... ela estratifica muito, ela, é... aquela justiça... quando fala que é uma justiça pra pobre, pra negro... infelizmente a gente vê isso na Audiência de Custódia, você viu, é um pouco da nossa realidade. Então assim, eu acho que isso, é... evitaria muito se a gente tivesse um serviço de inteligência mais apurado, uma possibilidade investigatória mais apurada, mais cuidadosa. (Operador 3)

Para os entrevistados, se a polícia não fosse seletiva, sexo, idade e cor da pele não teriam peso na determinação da prisão preventiva, pois cabe à justiça examinar aquilo que o policiamento produz. Há uma crença – ou uma representação – da justiça como capaz de se afastar da realidade estruturalmente desigual e aplicar a lei de maneira técnica e neutra. Vejamos outros trechos de entrevista que sinalizam nessa direção:

Pro juiz, uma pessoa técnica, o promotor como técnico e o defensor advogado como técnico, não vai se deixar, é... atuar diferente pelo preso estar algemado ou não algemado. Nós somos técnicos, então nós sabemos que a atuação nossa não será pautada, é... pelo

uso da algema, e sim pela necessidade da segurança das instalações e dos seus funcionários.  
(Operador 3)

Entre todas as variáveis inseridas no modelo de regressão logística binomial, a escolaridade não apresentou significância estatística e, por isso, aparentemente não influencia os desfechos das Audiências de Custódia. Contudo, a baixa escolaridade foi levantada como um fator que prejudica a pessoa custodiada na compreensão da dinâmica da audiência e na garantia de seus direitos, como indica o seguinte depoimento:

Olha, aqui... eles têm atendimento com a defensoria, que tem uma linguagem muito próxima deles, fala... depois tem aqui e **eles continuam, muitas vezes, [a] sair daqui sem entender nada**. Então, primeiro, você imagina quando era... recebia aquele papel. Porque no papel... eu não podia colocar no papel do jeito que eu falo com eles... [...] primeiro que o preso não sabe nem ler; pega aquele papel, não sabe nem o que está escrito, nem o que... (Operador 1, grifos nossos)

Os dados apresentados nesta seção indicam que existe seletividade na determinação da prisão preventiva em razão das características do sujeito. As dimensões que compõem o estereótipo social do “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005) são levadas em consideração pelo juiz e, por isso, indivíduos com esse perfil são mais suscetíveis à restrição provisória da liberdade na Audiência de Custódia. Resta saber como esses fatores operam quando variáveis judiciais são inseridas.

## 5.2 MODELO 2 – VARIÁVEIS JURÍDICAS

Como descrito na primeira seção deste artigo, cabe aos operadores que atuam nas Audiências de Custódia observar, inicialmente, a legalidade do flagrante a partir da análise do Registro de Defesa Social (REDS) ou do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), e, quando presentes, a versão da vítima ou de outras testemunhas (KULLER e DIAS, 2019). Em seguida, o magistrado deverá observar a natureza do delito (se o crime tem pena máxima superior a quatro anos e se é enquadrado no âmbito da lei Maria da Penha), a trajetória do sujeito (se reincidente em crime doloso), bem como se o comportamento do preso em flagrante se encaixa em alguma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva para a manutenção do bem-estar da sociedade (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Quando consideramos essas variáveis como determinantes da prisão preventiva (Tabela 6), verificamos que ter antecedente criminal aumenta em 7.922 vezes as chances de esperar no cárcere o resultado do processo judicial, sendo essa a variável que mais interfere no desfecho das Audiências de Custódia. Em seguida, aparece o crime de tráfico de drogas (aumenta a chance em 5.411 vezes) e, finalmente, o uso de arma de fogo (aumenta a chance em 4.823

vezes). Ao contrário do esperado, ter residência fixa não foi uma variável estatisticamente significativa, apesar de vários operadores terem apontado essa dimensão como relevante.

TABELA 6 – RESULTADOS DO MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA QUE ESTIMA A CHANCE DA PRISÃO PROVISÓRIA (EM DETRIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA) A PARTIR DAS VARIÁVEIS LEGAIS – AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)

VARIÁVEIS NA EQUAÇÃO		B	E.P.	WALD	GL	SIG.	EXP(B)
PASSO 1ª	TRÁFICO DE DROGAS	1.688	0,233	52.485	1	0,000	5.411
	ARMA DE FOGO	1.573	0,208	57.198	1	0,000	4.823
	ANTECEDENTES CRIMINAIS	2,07	0,181	131.345	1	0,000	7.922
	RESIDÊNCIA	0,049	0,213	0,052	1	0,820	1.050
	CONSTANTE	-1.761	0,235	55.914	1	0,000	0,172

Fonte: Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.  
R-quadrado Nagelkerke = 0,346.

Mariana Raupp (2015) alerta que, ao se prender à análise de fatores legais que influenciam as decisões, corre-se o risco de cair no mito da igualdade jurídica, sem questionar a dita neutralidade dos critérios legais. Na tentativa de desvelar como os critérios legais podem gerar seletividade, Boaventura de Souza Santos (1986, p. 29) sublinha como “a desigualdade de proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio direito substantivo, pelo o que a democratização do acesso à justiça, mesmo que plenamente realizada, não conseguirá mais do que equalizar os mecanismos de reprodução da desigualdade”.

Uma forma de entender essa problematização é compreendendo os “antecedentes criminais” como elementos, simultaneamente, jurídicos e extrajurídicos, posto que a polícia tende a vigiar aqueles que ela conhece (PAIXÃO, 1982), o que inclui majoritariamente sujeitos que já passaram pelo sistema de justiça criminal (ALBERNAZ, 2015), e, por isso, a clientela da Audiência de Custódia seria majoritariamente oriunda desse público (AZEVEDO *et al.*, 2017). Ou seja, como hipotetizado por Boaventura de Souza Santos (1986), os antecedentes criminais são dimensões legais, mas que têm um papel de reificação de seletividade muito importante, pois significam a seleção de indivíduos que compartilham determinado perfil.

Embora os operadores entrevistados justifiquem o alto percentual de encarceramento provisório de indivíduos com antecedentes criminais, enquadrados no tráfico de drogas pelo fato de os flagranteados serem perigosos para a sociedade, esses fatores têm mais peso na decretação da prisão preventiva do que o uso de arma de fogo (pelo menos em termos estatísticos). Contudo, do ponto de vista discursivo, a arma de fogo é equiparada aos antecedentes criminais como elementos que indicam, de maneira inequívoca, que o sujeito é um perigo para a sociedade e, por isso, deve ser mantido em prisão preventiva. Vejamos um exemplo.

*Entrevistadora:* O que faz com que você descarte a possibilidade de concessão de liberdade provisória?

*Entrevistado:* Crimes graves, reincidência... por exemplo, crimes graves eu diria **emprego de arma de fogo... é... ah... e principalmente a reincidência, né?** Uma... uma data recente de soltura, às vezes a pessoa foi colocada em prisão domiciliar, está em cumprimento de pena, foi solta há três dias e é presa de novo pelo mesmo crime... então essa pessoa, no meu ponto de vista, não pode ficar solta, porque ela não entendeu nada de como funciona o sistema, né? Não melhorou em nada, não aprendeu nada... (Operador 1, grifos nossos)

Os resultados apresentados nesta seção indicam que a decisão pela prisão preventiva, tomada na Audiência de Custódia, se orienta pela guerra às drogas e pela dita periculosidade dos flagranteados, o que seria visível na presença de qualquer tipo de antecedentes criminais. Resta entender qual é o feito combinado de características legais com as extralegis.

### 5.3 MODELO 3 – VARIÁVEIS EXTRAJURÍDICAS E JURÍDICAS

Com a combinação de todas as variáveis independentes, temos um modelo mais capacitado a explicar, em termos de fatores que contribuem para essa decisão, a prisão preventiva na Audiência de Custódia. Entre as variáveis extrajurídicas, ser homem e ter cor da pele preta ou parda não são dimensões desprezíveis para a compreensão desse processo decisório, posto que aumentam as chances da privação provisória de liberdade em 2.838 vezes e 1.608 vezes, respectivamente. Em outras palavras, a sujeição criminal de que nos fala Misse (2014) parece operar nas decisões das Audiências de Custódia, pois, controlados pela presença das variáveis legais, sexo e cor da pele ainda têm poder explicativo na chance de prisão.

Entre as variáveis jurídicas, o fator que mais contribuiu para a determinação da prisão preventiva foi tráfico de drogas (aumenta a chance em 6.246 vezes). Em seguida, aparecem os antecedentes criminais (que aumentam a chance em 5.960 vezes) e o uso de arma de fogo para a prática do crime (que aumenta a chance em 5.660 vezes). Mais uma vez, ter residência fixa não se mostrou estatisticamente significativo (Tabela 7).

TABELA 7 – RESULTADOS DO MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA QUE ESTIMA A CHANCE DA PRISÃO PROVISÓRIA (EM DETRIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA) A PARTIR DAS VARIÁVEIS EXTRALEGAIS E LEGAIS – AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM BELO HORIZONTE (SETEMBRO DE 2015 A MARÇO DE 2016)

VARIÁVEIS NA EQUAÇÃO		B	E.P.	WALD	GL	SIG.	EXP(B)
PASSO 1ª	HOMENS	1.043	0,346	9,099	1	0,003	2.838
	JOVENS	-0,715	0,194	13,58	1	0,000	0,489
	PRETOS E PARDOS	0,475	0,22	4,678	1	0,031	1.608
	ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	-0,095	0,184	0,267	1	0,605	0,909
	TRÁFICO DE DROGAS	1.832	0,26	49.742	1	0,000	6.246
	ARMA	1.733	0,233	55.221	1	0,000	5.660
	ANTECEDENTES CRIMINAIS	1.785	0,196	83.017	1	0,000	5.960
	RESIDÊNCIA FIXA	0,218	0,236	0,85	1	0,357	1.244
	CONSTANTE	-2,72	0,464	34.366	1	0,000	0,066

Fonte: Monitoramento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.  
R-quadrado Nagelkerke = 0,368.

O resultado desse modelo de regressão logística binomial parece indicar que a periculosidade que o sistema de justiça criminal quer “enfrentar” é a do traficante, pois ser flagrantado por tráfico de drogas (em detrimento de qualquer outro delito) é o fator que mais influencia a decisão do juiz, para além de outras dimensões legais e extralegais. Vislumbramos aqui o grande peso do discurso de guerra às drogas, em que o tráfico e o traficante – e não outros crimes com ou sem o uso da violência – representam o grande mal a ser evitado em nossa sociedade (ALVAREZ, FRAGA e CAMPOS, 2017).<sup>14</sup>

14 Nas palavras de Alvarez, Fraga e Campos (2017, p. 3), “esse tipo de relação causal – sobretudo entre consumo e/ou comércio de substâncias ilícitas e desintegração social – passou a ser problematizado ao longo da segunda metade do século XX, já que essa suposta conexão implicaria especialmente a estigmatização e a punição de ‘usuários’ como doentes e de ‘traficantes’ como ‘inimigos’ da sociedade [...]. Assim, longe de

Azevedo e Cifali (2015) indicaram a alteração na Lei de Drogas (Lei n. 11.346/2006) como um ponto de inflexão para as altas taxas de encarceramento, sobretudo provisório. Apesar de a lei ter sido motivada pela diferenciação entre traficante e usuário, ao não determinar critérios objetivos que distinguissem essas duas condutas, ela deixou a cargo dos agentes das organizações policiais e judiciais o enquadramento a partir de características sociais e pessoais (JESUS, 2016). Tal ausência abriu uma brecha legal para diferenciar usuários e traficantes não pela conduta praticada, mas por características subjetivas dos indivíduos (CAMPOS, 2015).

Considerando que a conduta descrita no art. 33 da lei de drogas não é, em si, uma conduta com uso da violência, grave ameaça ou que poderia indicar certo “*periculum libertatis*”, a maior concessão de prisões preventivas a esse crime, inclusive sem amparo legal,<sup>15</sup> indica a construção de significantes influentes na prática dos operadores do direito, os quais podem estar relacionados com as características do “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005).

Assim, os resultados produzidos pelo modelo de regressão binomial logística indicam que a prisão preventiva é decretada preferencialmente para o traficante de drogas, sobretudo o homem, negro, que já passou pelo sistema de justiça criminal, o que conformaria o protótipo do “bandido” (MISSE, 2010). Mais do que um processo de subsunção da conduta praticada à norma penal, estamos diante da sujeição criminal desses indivíduos (MISSE, 2014), o que implica um processo social de constituição de subjetividades, resultando na concentração dos sentimentos morais mais fortes de rejeição e no desejo de segregação dessa população, ainda que ela não tenha praticado uma violência propriamente dita (MISSE, 2014). Desse entendimento deriva a percepção daquele que comercializa entorpecentes como a encarnação do mal, símbolo da ameaça, e que, em última instância, deve ser aniquilado ou socialmente morto, tendo a sua convivência social impossibilitada por meio da prisão preventiva (GRILLO, POLICARPO e VERÍSSIMO, 2011).

Nessa mesma direção, Souza e Azevedo (2015) argumentam que as medidas cautelares têm se afirmado não pela redução do uso da prisão, mas por uma divisão ontológica entre os cidadãos que merecem tratamentos brutais, como a prisão preventiva, e os que devem ser tratados como cidadãos de bem. Assim, as medidas cautelares alternativas à prisão se constituiriam em institutos penais destinados a hierarquizar os direitos dos indivíduos diante do Estado e, dessa forma, estabelecer níveis de cidadania diferenciados (SANTOS, 2015). Por

...

produzirem apenas efeitos explicativos, tais categorias produziram efeitos políticos nefastos, sendo empregadas como acusação moral e jurídica contra moradores de bairros e de periferias nas grandes metrópoles [...]. Os grupos já historicamente desfavorecidos, em termos de poder, acabaram sendo com frequência os mais afetados pelas políticas e leis de ‘combate às drogas’”.

15 Dada a aparente não consideração do tráfico privilegiado pelos operadores, bem como as decisões dos tribunais superiores que reafirmam a constitucionalidade da liberdade provisória no caso de tráfico de drogas.

essa lógica, a Audiência de Custódia pode ser vista como agente de manutenção das desigualdades sociais: ao mesmo tempo que a posição social do indivíduo influencia a medida cautelar que será adotada, essa determinação também demarca e reforça – pelo estigma da prisão – o lugar social a que o indivíduo pertence. Esse discurso foi percebido em algumas das entrevistas realizadas, como a abaixo destacada:

Então assim, como é que eu vou fazer Audiência sem algema, se noventa por cento dos casos é reincidente ou é crime com arma, sabe? **São pessoas perigosas**, não são... Eu acho que a Audiência de Custódia, ela... a resolução, ela tende a tratar as pessoas que passam por aqui como pessoas sem a menor periculosidade, vítimas de violência policial... e... na maioria das vezes não é assim. (Operador 1, grifos nossos)

Constatamos, portanto, que a decisão produzida na Audiência de Custódia é construída em linha de montagem (SAPORI, 1995), posto que alguns perfis de indivíduos e de crimes são mais suscetíveis à prisão preventiva do que outros. Todavia, essa decisão também passa por uma escolha política, muito conectada ao discurso de guerra às drogas (GRILLO, POLICARPO e VERÍSSIMO, 2011) e ao entendimento de que determinados sujeitos são naturalmente mais perigosos do que os demais (ALVAREZ, FRAGA e CAMPOS, 2017), o que apontaria para o papel político do Judiciário.

## 6. PARA ALÉM DO EXTRAJURÍDICO E DO JURÍDICO: A DIMENSÃO POLÍTICA DA JUSTIÇA

Em sua obra sobre como as decisões judiciais são produzidas, Garapon (1999, p. 155-156) chama a atenção para importância de analisarmos a cultura judicial, “um conjunto de pressupostos partilhados que orientam o raciocínio, os valores e as percepções de um grupo social”. Na perspectiva de Garland (2001), as instituições penais modernas continuam em seu lugar, mas o seu funcionamento e a sua significação social se transformaram, o que teria alterado substantivamente a cultura jurídica. Para ele, estaríamos observando uma maior ênfase punitivista, a qual visa mitigar a revolta popular, reconfortar o público e restaurar a credibilidade do sistema de justiça criminal.

Com o acionamento da lógica punitivista, é preciso garantir que todo e qualquer “suspeito” fique na prisão durante o processo como forma de incutir na sociedade a percepção de que juízes, defensores e promotores estão comprometidos com a “guerra contra o crime” e com a construção de uma sociedade mais segura. Essa vontade de mitigar a revolta popular e garantir a credibilidade do sistema é percebida nas entrevistas:

aquela velha e famigerada notícia que polícia prende, justiça solta, é... **traz a sensação de descrédito com o Poder Judiciário**, posto que não... é inadmissível que uma pessoa entenda que uma pessoa pode ser presa doze vezes e sair sem ser condenada...

é... além de fomentar a sensação de delinquência ao próprio autuado! Já que nada de prático lhe acontece. (Operador 3, grifos nossos)

Mas é porque realmente não tem jeito, é o que eu falei, só chega aqui reincidente, pessoas que foram soltas há uma semana atrás, aqui mesmo na Audiência de Custódia chegam pela segunda, pela terceira vez... aí **não te resta outra alternativa a não ser prender**, até por uma questão de... é... **valorização da própria justiça**[,] porque o crime virou uma banalidade. [...] eu não sei se... se houve um impacto, segundo me disseram, o número de prisões provisórias por fim acabou aumentando. (Operador 1, grifos nossos)

O que queremos evidenciar é que esse maior viés punitivista não tem recaído de maneira igualitária em toda a população (SANTOS, 2015), mas de modo seletivo sobre os indivíduos que compartilham o estereótipo de “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005). A escolha do grupo social a ser policiado e, posteriormente, autuado em atitude suspeita, o que determina quem será levado para a prisão provisória, revela vieses (MISSE, 2014) que tendem a ser justificados pela periculosidade do sujeito.

eu sei que eu mais prendo do que solto. Que, como eu disse, aqui **só chega crime grave e reincidente, não tem jeito, só crime com arma... como é que vai soltar?** [...] está muito complicado soltar aqui, está muito difícil, porque só passa gente com uma ficha criminal extensa. Então, assim... **eu não vejo muita hipótese de soltura aqui, não.** (Operador 1, grifos nossos)

Desse modo, o argumento de que “não existe muita hipótese de soltura” de pessoas presas em flagrante, a despeito de a lei definir a prisão preventiva como medida excepcional, porque a polícia faz um bom trabalho de identificação dos delinquentes, é considerado aqui uma escolha política do Judiciário, uma vez que os apresentados à Audiência de Custódia compartilham das mesmas características socioeconômicas, indicando que apenas esses indivíduos são suscetíveis à delinquência que é registrada pela polícia. Nas entrevistas, essa perspectiva foi observada da seguinte maneira:

**O problema da quantidade de prisões é a quantidade de delinquentes.** Né... infelizmente, nossa sociedade, é... tem uns maiores problemas carcerários do mundo não porque se prende mais, mas porque **é extrato da própria sociedade.** A reincidência nossa é muito alta, presos em execuções de penas são flagrados cometendo novos crimes. (Operador 3, grifos nossos)

Ao reconhecer que o crime que é registrado pela polícia está localizado em um estrato social, os operadores indicam que suas representações sociais sobre o delito e a delinquência

tendem a perpetuar a concepção de uma sociedade de estrutura desigual, que clama pelo reforço do braço punitivo do Estado como meio de controle das mazelas sociais (WACQUANT, 1999). Da mesma forma que a criminologia positivista já foi utilizada para acomodar as diferenças estruturais não aceitáveis pela criminologia clássica (ALVAREZ, 2006), atualmente se percebe a utilização, de maneira seletiva, do discurso de guerra às drogas como forma de mitigar os princípios processuais acusatórios e de justificar as altas taxas de prisão preventiva (ALVAREZ, FRAGA e CAMPOS, 2017), principalmente daqueles sujeitos que compartilham as características do “elemento suspeito” (RAMOS e MUSUMECI, 2005).

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste texto foi identificar quais são as variáveis que informam o processo decisório das Audiências de Custódia acompanhadas em Belo Horizonte entre setembro de 2015 e março de 2016. A partir da combinação de métodos quantitativos e qualitativos de pesquisa social, procuramos compreender os determinantes da prisão preventiva e vislumbrar quais são as dimensões socioeconômicas e jurídicas que interferem nesse resultado.

Os dados apresentados neste artigo indicam que a Audiência de Custódia, em Belo Horizonte, é operada por uma lógica hierárquica, em que a decisão sobre a prisão preventiva é construída a partir da validação, pelo juiz, do pedido realizado pelo promotor de justiça. Assim, apontamos para a existência de uma cultura jurídica que compromete a atividade do defensor, uma vez que engendra uma espécie de procedimento padrão que o deixa de fora. Afinal, trata-se de reduzir ao máximo o tempo da audiência e, a partir de uma lógica de linha de montagem, garantir que as prisões preventivas possam ser aplicadas àqueles que parecem ser perigosos à ordem social.

Em termos estatísticos, o flagrante por tráfico de drogas apresenta-se como principal determinante da prisão preventiva. Para os operadores (juízes, promotores e defensores), quem trafica drogas é perigoso, devendo ser segregado durante toda a instrução criminal, posto que representa um enorme perigo para a sociedade, podendo, inclusive, comprometer a ordem pública. Observamos também a influência de elementos extrajurídicos na construção da decisão, posto que o sexo e a cor da pele interferem na chance de o indivíduo receber a prisão preventiva. Ou seja, apesar de o discurso mobilizado pelos operadores nas entrevistas ser o da igualdade, na prática ainda se percebe como a criminologia positivista é aplicada pelo Judiciário (ALVAREZ, 2006), de modo que características socioeconômicas sugerem maior ou menor periculosidade e, conseqüentemente, maior ou menor chance de aguardar o processo atrás das grades. Reifica-se, dessa maneira, o “elemento suspeito”, que orienta os padrões de policiamento (RAMOS e MUSUMECI, 2005): se na linguagem policial ele é “freio de camburão” (RAMOS, 2015), na judicial ele é “chave de cadeia”.

Percebemos, por fim, que a construção argumentativa dos operadores sobre a lei se dá de maneira não neutra, corroborando para maior penalização de determinados sujeitos. O tráfico

de drogas foi o elemento jurídico que mais influenciou a construção da decisão, mas tal elemento não apresenta em si objetividade para fundamentar a necessidade do encarceramento enquanto medida cautelar. Suspeitamos, dessa maneira, que tal critério jurídico é construído sob a influência de características do elemento suspeito: homem, jovem e negro, que vende drogas, é “bandido” (MISSE, 2010) e, por isso, se deixado solto voltará a delinquir, razão pela qual deve ser mantido preso preventivamente na Audiência de Custódia.

O encarceramento provisório de determinada parcela da população, fruto dessa seletividade cumulativa, é visto aqui de maneira política. O discurso de “guerra às drogas” é utilizado para reforçar tratamentos diferenciados, e a atuação do Poder Judiciário ajuda a consolidar as características sociais da clientela penal, as quais se tornam cada vez mais homogêneas ao longo do fluxo da justiça.

#### AGRADECIMENTOS

*As autoras agradecem ao apoio financeiro da Fapemig (APQ-01744-17).*

#### REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos Cebrap*, v. 43, p. 45-63, 1995.

ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro. Sobre legitimidade, produtividade e imprevisibilidade: seletividade policial e a reprodução da ordem social no plano de uma certa “política do cotidiano”. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 17, n. 2, p. 86-99, 2015.

ALVAREZ, Marco César. Apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. In: KOERNER, Andrei (org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 63-58.

ALVAREZ, Marcos César; FRAGA, Paulo César Pontes; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Perspectivas atuais sobre políticas, produção, comércio e uso de drogas: apresentação ao dossiê “Drogas e Sociedade em uma perspectiva comparada”. *Tempo Social*, v. 29, n. 2, p.1-14, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/133303>. Acesso em: 10 set. 2019.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli *et al.* *Direitos e garantias fundamentais: Audiência de Custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.* Sumário Executivo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP\\_Direitos\\_Garantias\\_Fundamentais\\_Audiencia\\_Custodia\\_2017\\_Sumario.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_Audiencia_Custodia_2017_Sumario.pdf). Acesso em: 10 set. 2019.

AZEVEDO, Rodrigo; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma. Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, 2015.

AZEVEDO, Rodrigo; SINHORETTO, Jacqueline. O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia. *BIB*, São Paulo, n. 84, p. 188-215, abr. 2018.

BALLESTEROS, Paula R. *Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento.* Brasília, DF: Ministério da Justiça/Departamento Nacional Penitenciário/PNUD, 2016a. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

BALLESTEROS, Paula R. *Audiências de Custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendação de aprimoramento.* Brasília, DF: Ministério da Justiça/Departamento Nacional Penitenciário/PNUD, 2016b. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/audienciasdecustodiaeprevencaoatorturaanalisedaspraticasinstitucionaiserecomendacoesdeaprimoramento1correto.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n. 2.848, Código de Processo Penal.* Brasília, DF: Presidência da República, 1940.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.* Brasília, DF: Presidência da República, 1989.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.* Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.* Convenção Americana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.* Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 10.4339/2012, julgado em 6 de dezembro de 2012. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240, impetrada pela Associação dos Delegados de Polícia, julgada em 20 de agosto de 2015. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.448, impetrada pela Associação Nacional de Magistrados Estaduais, julgada em 2 de fevereiro de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.533/2016, julgado em 23 de junho de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016b.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP). Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. RIBEIRO, Ludmila (coord. técnica). *Relatório de Pesquisa*, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Termo de Cooperação Técnica 007, de abril de 2015*. Brasília, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 213, de dezembro de 2015*. Brasília, 2015.

COSTA RIBEIRO, Carlos Antonio. Judicial practices and the meaning of sentencing. *Dados*, v. 42, n. 4, p. 691-727, 1999.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GARLAND, David. A nova cultura do controle do crime. In: GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. (Coleção Pensamento Criminológico).

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A “dura” e o “desenrolo”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, p. 135, 2011.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*. Repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Liberdade em foco: redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo*. Relatório redigido por SILVA, Vivian Peres da; SILVA, Bárbara Correia Florêncio; FERREIRA, Marina Lima; LAGATTA, Pedro. 2016. 78 p.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Audiência de Custódia: panorama nacional*. Relatório redigido por SILVA, Vivian Peres da; BANDEIRA, Ana Luisa da. 2017. 87 p.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A aplicação de penas e medidas alternativas*. *Relatório de Pesquisa*, Brasília, 2015. 94 p.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Relatório da pesquisa Prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. São Paulo: Instituto Sou da Paz/Open Society, 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. Tese (Doutorado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

JESUS, Maria Gorete Marques de *et al.* “A gente prende, a Audiência de Custódia solta”: narrativas policiais sobre as Audiências de Custódia e a crença na prisão. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. São Paulo, v. 12, n. 1, 152-172, fev./mar., 2018.

KANT DE LIMA, Roberto. *Cultura jurídica e práticas policiais: A tradição inquisitorial*. In: KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 39-87.

KULLER, Laís Figueiredo; GOMES, Mayara. *Enquadramentos diferenciais de violência: uma análise das Audiências de Custódia em São Paulo*. *Revista Ambivalências*, v. 6, n. 12, p. 153-177, 2019.

KULLER, Laís; DIAS, Camila. *O papel do preso nas Audiências de Custódia: Protagonista ou marginal?* *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 12, n. 2, p. 267-287, 2019.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS (INFOPEN). *Atualização junho de 2016*. SANTOS, Thandara (org.). Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional – Depen, Brasília, 2017. 65 p.

MINAS GERAIS, Poder Judiciário. *Resolução n. 796, de 2015*. Belo Horizonte, Poder Judiciário, 2015.

MISSE, Michel. *Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria bandido*. *Lua Nova*, v. 79, p. 15-38, 2010.

MISSE, Michel. Sujeição criminal. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

OLIVEIRA, Luci. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: como votam os ministros? In: MARONA, Marjorie Correa; DEL RIO, Andrés (orgs.). *Justiça no Brasil: às margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 251-274. (Volume 1).

OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. *Mecanismos sociais de decisões judiciais: um desenho misto explicativo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internação*. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PAIXÃO, Antônio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. *Revista de Ciências Sociais*, v. 25, n. 1, p. 63-85, 1982.

PINC, Tânia. Por que o policial aborda? Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, p. 34-59, 2014.

RAMOS, Paulo César. *Relações raciais e violência: um balanço da produção teórica nacional e internacional dos últimos dez anos*. XVII Congresso Brasileiro de Sociologia, 20 a 23 de julho de 2015, Porto Alegre, 2015.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RAUPP, Mariana. As pesquisas sobre o “sentencing”: disparidade, punição e vocabulários de motivos. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, p. 174-191, 2015.

RIBEIRO, Ludmila. A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do estado de São Paulo entre 1991 e 1998. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 53, n. 1, 2010.

SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard. From suspect to trial. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford handbook of criminology*. United Kingdom: Oxford, p. 838-866, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 2, p. 11-37, 1986.

SANTOS, Rogério Dutra (coord). Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). In: *Pensando o Direito*, n. 54. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): Ipea, 2015.

SAPORI, Luís Flávio. A administração da justiça criminal numa área metropolitana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 10, n. 29, p. 143-157, 1995.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. *Contemporânea*, São Carlos, v. 5, n. 1, p. 69-92, 2015.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1933. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201933>.

*Livia Bastos Lages*

MESTRE PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG) E GRADUADA EM DIREITO PELA MESMA UNIVERSIDADE.

*lblages07@gmail.com*

*Ludmila Ribeiro*

PROFESSORA DO DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

*ludmila.ribeiro@gmail.com*

# Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil

ADDRESSING THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL

Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>1</sup>

## Resumo

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu um passo na direção correta para o equacionamento da chamada “judicialização da saúde pública” no Brasil (ações judiciais que demandam medicamentos, tratamentos e outros benefícios de saúde contra o Estado com fundamento no direito à saúde reconhecido na Constituição Federal). A tese firmada no Recurso Extraordinário (RE) n. 657.718, sobre medicamentos experimentais e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), representou seguramente um avanço em relação à jurisprudência anterior. Decisão talvez ainda mais importante, porém, será a do Recurso Extraordinário n. 566.471, sobre os chamados “medicamentos de alto custo”, cujo julgamento será retomado em breve (até o momento três ministros já proferiram voto). Uma tese adequada nesse segundo RE poderá complementar a primeira de modo a dar uma solução praticamente definitiva ao problema da judicialização da saúde pública no Brasil. Este artigo analisa a decisão do RE n. 657.718 e os votos até aqui proferidos no RE n. 566.471, sugerindo ajustes importantes na tese a ser firmada nesse último, sem os quais, a meu ver, a oportunidade de se equacionar a judicialização da saúde no Brasil poderá ser desperdiçada.

## Palavras-chave

Judicialização da saúde; direito à saúde; saúde pública; repercussão geral; políticas públicas e Judiciário; equidade em saúde.

## Abstract

*In a recent ruling, the Brazilian Supreme Court has taken a step in the right direction to address the so-called “judicialization of public health” in Brazil (lawsuits demanding medicines, treatments, and other health benefits against the state grounded on the right to health recognized in the Brazilian Constitution). The decision in Extraordinary Appeal n. 657.718, concerning experimental treatments and medicines not approved by Anvisa (National Health Surveillance Agency), represented certainly an improvement on previous case law. Perhaps even more important, however, will be the decision of Extraordinary Appeal n. 566.471, on so-called high-cost medicines, whose judgement will soon be resumed (so far three ministers have already voted). An adequate decision in this second Extraordinary Appeal could complement the first so as to provide a practically definitive solution to the problem of the judicialization of public health in Brazil. This article analyzes the decision of the Extraordinary Appeal n. 657.718 and the votes cast so far in the Extraordinary Appeal n. 566.471, suggesting important adjustments in the latter’s decision without which, in my opinion, the opportunity to address the judicialization of health in Brazil could be wasted.*

## Keywords

*Judicialization of health; right to health; public health; general repercussion; public policies and the Judiciary; equity in health.*

**INTRODUÇÃO: REVOLUÇÃO DE DIREITOS OU GARANTIA DE PRIVILÉGIOS?\***

Segundo os dados mais recentes, mais de 800 mil novas ações envolvendo a saúde pública ingressaram nos tribunais brasileiros nos últimos cinco anos, sendo uma grande parte delas pedidos de medicamentos contra o Estado (ver Gráfico 1, mais adiante). Esse fenômeno, comumente chamado de *judicialização da saúde*, era praticamente inexistente até meados dos anos 1990. A partir dali, porém, foi aumentando significativamente ano a ano, tendo acelerado a partir do início dos anos 2000 e não demonstrando, no momento, tendência de desaquecimento. Como a maioria das ações são julgadas em favor do demandante, os custos ao Estado também são crescentes. Há estimativas de que o custo ao Estado tenha atingido o valor de R\$ 7 bilhões anuais em 2016, aproximadamente 3% do orçamento total da saúde do país. Como as ações são fortemente concentradas em alguns estados e municípios do país, sobretudo do Sul e do Sudeste, o impacto orçamentário é ainda maior nessas regiões.

A judicialização da saúde em si não é necessariamente um fenômeno negativo da perspectiva do Estado Democrático de Direito. O fato de milhares de pessoas irem ao Judiciário pleitear seu direito constitucional à saúde pode ser indicativo de maior consciência da população sobre seus direitos, de maior receptividade do Judiciário em relação aos direitos sociais das pessoas mais vulneráveis e de maior fiscalização e controle da sociedade sobre a administração pública. Pode-se até mesmo vislumbrar, na judicialização da saúde, a ocorrência de uma “revolução de direitos” – para usar a expressão do cientista político americano Charles Epp ao descrever a explosão de litigância nos Estados Unidos em favor dos direitos civis da população negra nas décadas de 1950 e 1960.<sup>1</sup>

Um olhar mais atento, porém, revela um quadro muito menos auspicioso. Estudos cada vez mais detalhados, realizados nos últimos dez anos, mostram que as características principais da judicialização da saúde que ocorre no Brasil fazem do fenômeno muito mais um instrumento de *garantia de privilégios* e uma fonte crescente e preocupante de *desorganização administrativa* do sistema público de saúde do que uma “revolução de direitos” motivada pela omissão estatal em garantir saúde à população mais necessitada.

...

\* Uma versão deste artigo foi apresentada no Workshop de Pesquisa do Insper, que ocorreu em setembro de 2019.

1 EPP, Charles R. *After the rights revolution: lawyers, activists and Supreme Court in comparative perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998. O senso comum, sobretudo no mundo jurídico, é de que a judicialização é uma simples reação dos cidadãos à evidente negligência do Estado em cumprir seu dever constitucional; uma resposta natural à “intolerável omissão” dos poderes públicos em “respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia social”, para usar a formulação do Ministro Celso de Mello em caso emblemático julgado no início da década passada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo no RE n. 271.286-8/2.000). Nessa narrativa, o Judiciário estaria apenas administrando o tratamento adequado para esse tipo de problema: forçar o Estado a respeitar a Constituição.

A judicialização não é motivada, na maioria dos casos, pelos principais problemas do sistema público de saúde. Não ataca o subfinanciamento, o subdesempenho e as persistentes desigualdades da atenção básica, dos medicamentos essenciais, dos determinantes sociais da saúde, sentidos principalmente pelos mais pobres. Pelo contrário, a judicialização se concentra desproporcionalmente nos estados, cidades e bairros mais desenvolvidos do país, e foca de modo desproporcional medicamentos e tratamentos de alto custo e comparativamente menos prioritários. Grande parte desses medicamentos e tratamentos não só não estão incorporados nas políticas do Sistema Único de Saúde (SUS) como foram analisados e rejeitados por falta de evidências de segurança, eficácia e/ou custo-efetividade, inclusive pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e por vários países muito mais desenvolvidos que o nosso. O impacto orçamentário desse tipo de demandas, cada vez maior, é suportado pelo sistema como um todo, criando uma situação perversa de justiça distributiva às avessas.

Meu objetivo com o presente texto não é, porém, repisar os argumentos e os dados que, a meu ver, corroboram esse diagnóstico.<sup>2</sup> O objetivo principal é contribuir para a busca de uma solução adequada e definitiva para aquela parte da judicialização que é reconhecidamente negativa (seja qual for sua exata proporção no fenômeno como um todo). O momento é especialmente oportuno em vista do crescente reconhecimento por parte de membros do Poder Judiciário de que a jurisprudência que prevaleceu nos últimos 20 anos é problemática e precisa mudar, em especial os juízes do Supremo Tribunal Federal (STF), que estão discutindo o tema por conta de Recursos Extraordinários (RE) que chegaram finalmente à pauta de julgamento este ano.

O texto é desenvolvido em duas partes principais. Na primeira parte, “A judicialização da saúde no Brasil e seus problemas”, começo por apresentar um breve histórico e panorama descritivo da judicialização da saúde nas últimas duas décadas com suporte em dados empíricos cada vez mais detalhados e abrangentes (embora ainda longe de perfeitos). Esse relato é seguido por uma análise crítica da jurisprudência atualmente dominante da perspectiva de seu impacto na *racionalidade*, *sustentabilidade* e *equidade* do sistema público de saúde.

Na segunda parte, “Reformando a jurisprudência dominante”, ofereço uma contribuição para o equacionamento dos problemas identificados na primeira parte, isto é, apresento uma

...

2 Discuti o assunto de maneira mais aprofundada nas seguintes publicações: FERRAZ, Octávio Luiz Motta Ferraz. Health inequalities, rights and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating the right to health: can courts bring more justice to health systems?* Harvard University Press, 2011; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights, An International Journal*, v. 11, n. 2, 2009; e FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Health as a human right. The politics and judicialization of health in Brazil*. Cambridge University Press: 2020, no prelo. Para uma versão resumida do argumento, ver: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Diagnóstico inadequado, tratamento ineficaz e perigoso. STF precisa corrigir o rumo da judicialização da saúde no Brasil, *Jota*, 22/05/2019.

proposta de como o Judiciário brasileiro poderia reformar a sua jurisprudência atual para, no mínimo, estancar os efeitos negativos das duas últimas décadas e, em uma hipótese mais otimista, contribuir para a efetiva realização do direito à saúde no Brasil. Uso como pano de fundo para a discussão dois Recursos Extraordinários de tramitação recente perante o STF, um sobre os medicamentos experimentais e sem registro na Anvisa (RE n. 657.718) e outro sobre os chamados “medicamentos de alto custo” (RE n. 566.471).

Ao final, ofereço um sumário dos argumentos e conclusões.

## 1. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E SEUS PROBLEMAS

### 1.1. BREVE PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

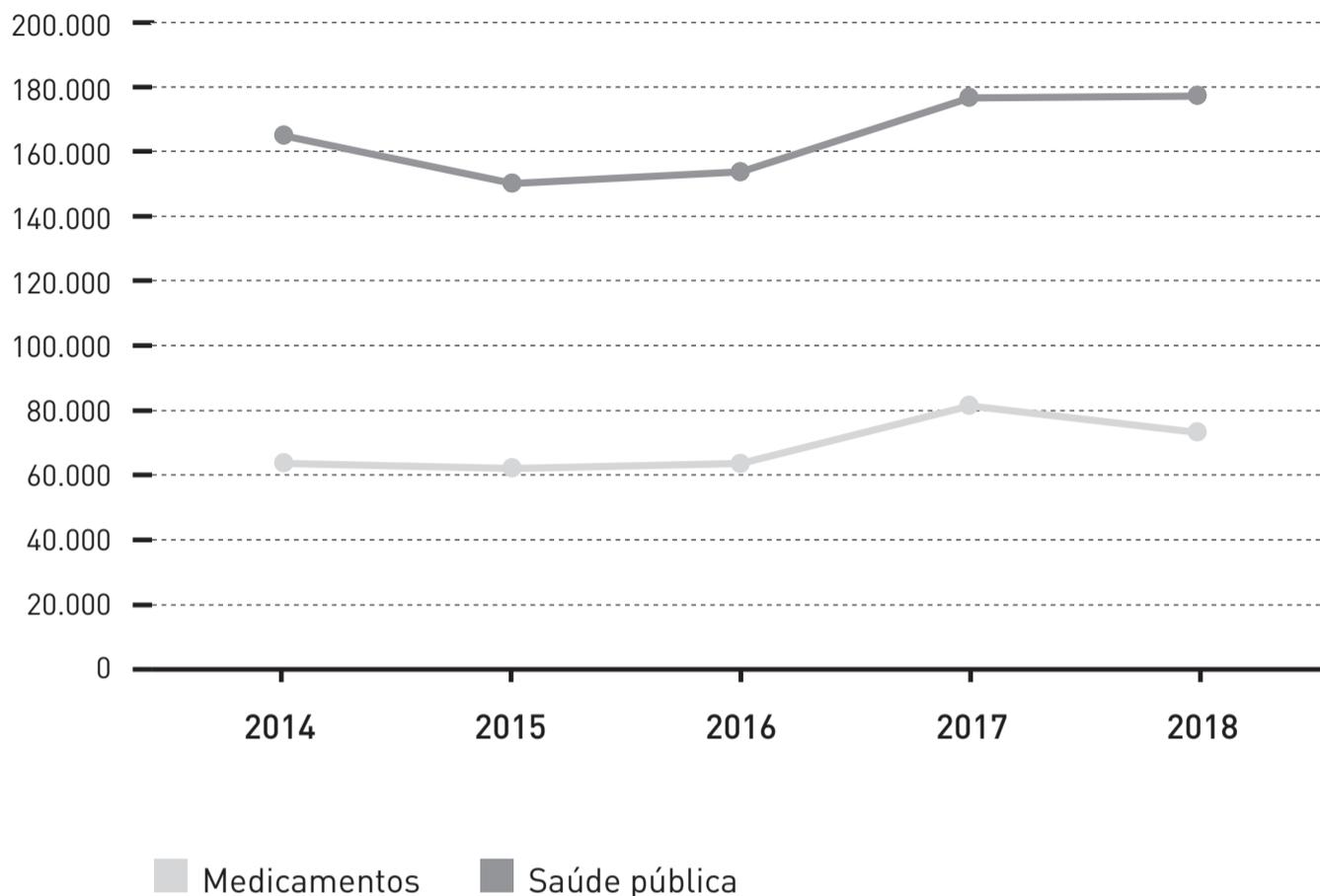
Dados precisos e abrangentes sobre a judicialização ainda não estão disponíveis, apesar dos esforços crescentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Ministério da Saúde, de secretarias estaduais e municipais, e de vários pesquisadores em estudar o assunto. No entanto, sabe-se que o total de casos novos anuais que envolvem a saúde pública estão hoje na casa das centenas de milhares por ano, dos quais uma parte expressiva refere-se a pedidos de medicamentos e tratamentos hospitalares contra estados, municípios e União (doravante simplesmente “o Estado”).<sup>3</sup> Nos últimos cinco anos, apenas os pedidos de *fornecimento de medicamentos* em todos os níveis da federação alcançaram o volume de 344.053 novos casos em primeira instância, segundo os dados mais atualizados do CNJ Justiça em Números.<sup>4</sup> Somando-se todos os casos que envolvem a saúde pública, chega-se a um volume de 823 mil novos casos.

...

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*, 2019, Painel Demandas por Classe e Assunto, Saúde. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 21 ago. 2019.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*, 2019, Painel Demandas por Classe e Assunto, Saúde. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 21 ago. 2019.

GRÁFICO 1 - AÇÕES CONTRA O ESTADO NA ÁREA DE SAÚDE PÚBLICA (UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS) - CASOS NOVOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - 2014 A 2018



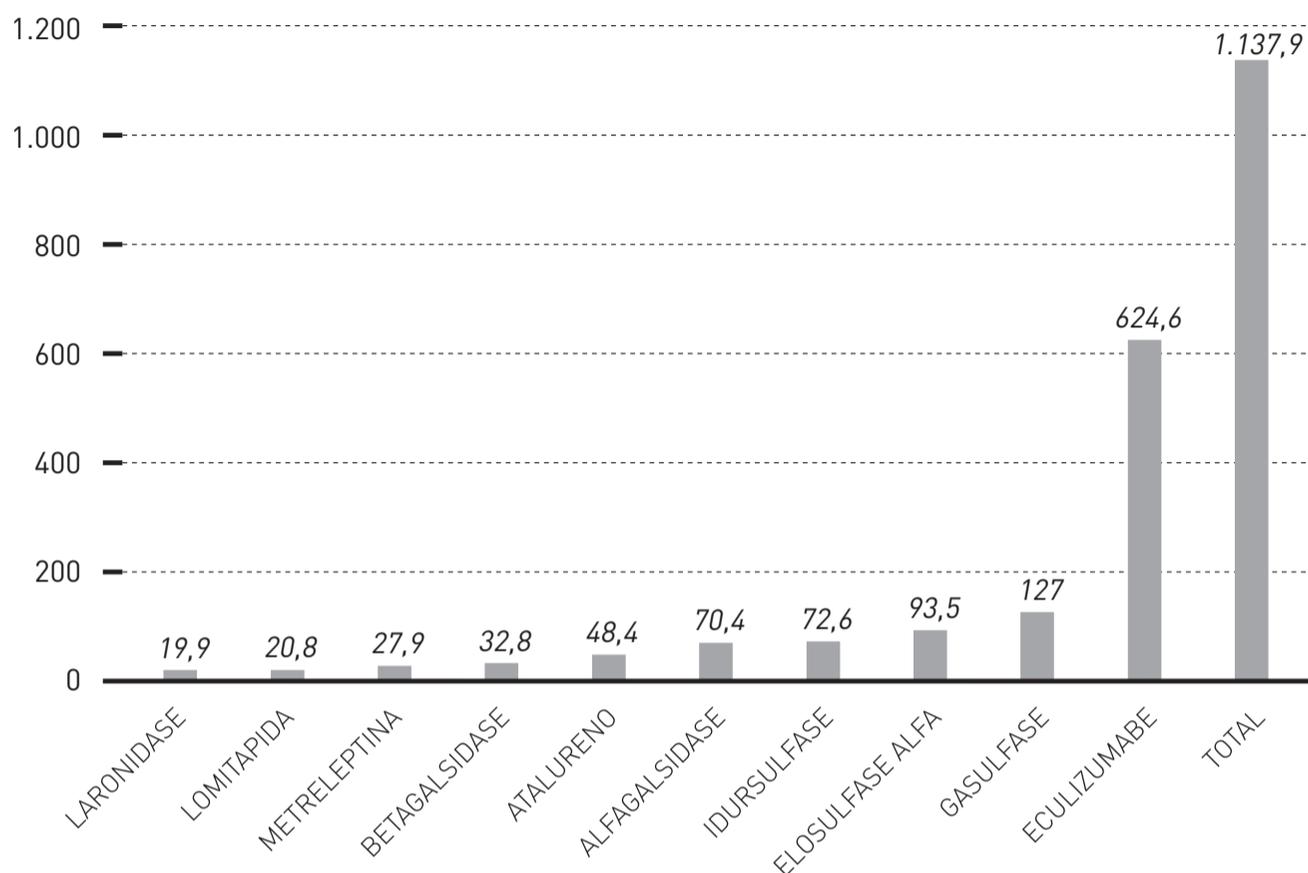
Fonte: Elaboração própria com dados do CNJ Justiça em Números, 2019.<sup>5</sup>

Sabe-se também que esse elevado volume de ações gera um custo igualmente elevado ao Estado, estimado em R\$ 7 bilhões em 2016 em todo o país, e que grande parte desses gastos se concentram em alguns poucos medicamentos. No nível federal, os dez medicamentos mais judicializados em 2016 consumiram mais de R\$ 1,1 bilhão do orçamento, conforme se observa no Gráfico 2, a seguir.

...

<sup>5</sup> Além do tema “fornecimento de medicamentos”, casos que envolvem a saúde pública incluem os seguintes temas: “tratamento médico-hospitalar”, “tratamento médico-hospital e/ou fornecimento de medicamentos”, “hospitais e outras unidades de saúde”, “saúde mental”, “controle social e conselhos de saúde”, “ressarcimento ao SUS”, “financiamento do SUS”, “vigilância sanitária e epidemiológica”, “repasse de verbas ao SUS”, “terceirização do SUS”, “convênio médico com o SUS”, “reajuste da tabela do SUS”, “doação e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano” e “genética e células-tronco”. Os temas “fornecimento de medicamentos” e “tratamento médico-hospitalar” juntos representam aproximadamente 90% das demandas.

GRÁFICO 2 - OS DEZ MEDICAMENTOS MAIS JUDICIALIZADOS EM CASOS CONTRA A UNIÃO EM 2016, EM MILHÕES (R\$)



Fonte: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2018.<sup>6</sup>

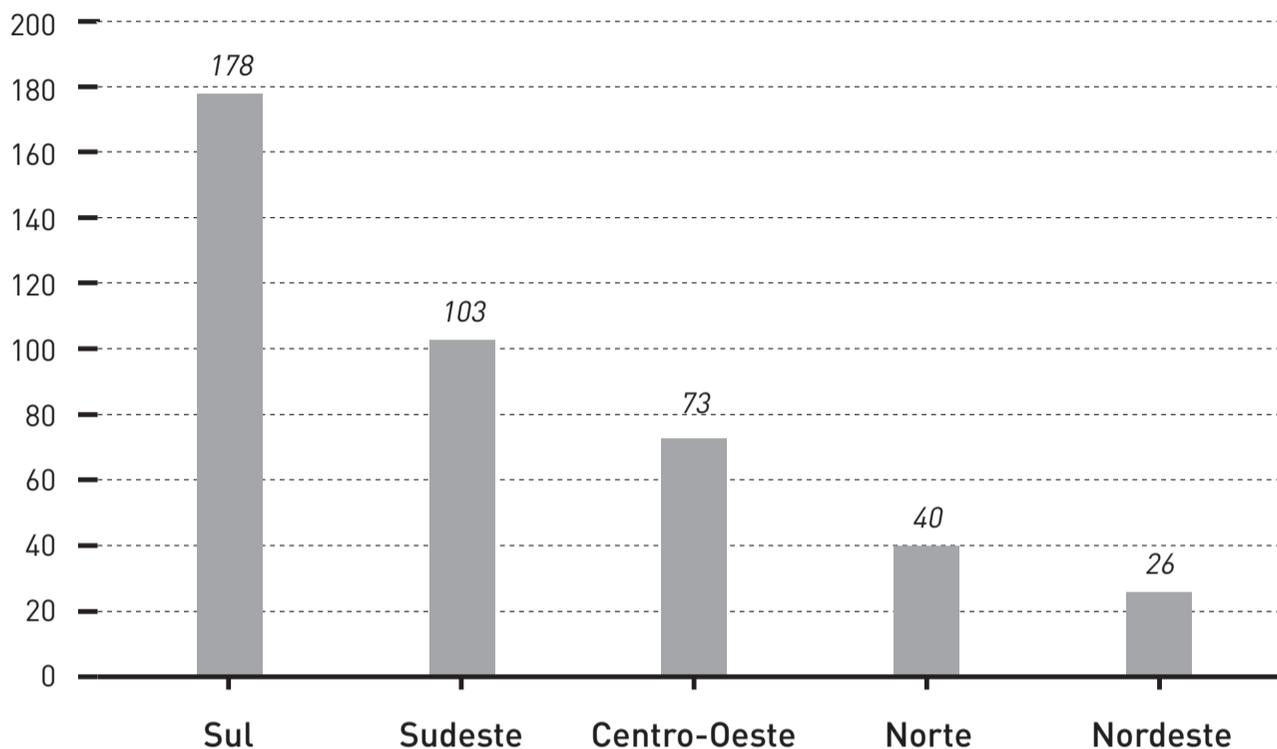
Outro dado importante para se entender a judicialização da saúde no Brasil refere-se à sua distribuição geográfica. Apesar de se espalhar por todas as regiões do país, a judicialização concentra-se fortemente em alguns estados, municípios e até mesmo bairros. É nos estados da região Sul e Sudeste que os níveis de litigância *per capita* são mais expressivos, estando, em média, em 178 ações por 100 mil habitantes no Sul e 103 ações por 100 mil habitantes no Sudeste, enquanto nos estados do Norte e do Nordeste estão em 40 ações por 100 mil habitantes e 26 ações por 100 mil habitantes, respectivamente (ver Gráfico 3, a seguir).<sup>7</sup>

...

6 XAVIER, Christabelle-Ann. *Judicialização da saúde: perspectiva crítica sobre os gastos da União para o cumprimento das ordens judiciais*. In: CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). *Coletânea Direito à Saúde – Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde*. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2018.

7 Há várias hipóteses que podem em princípio explicar essa variação. A que eu entendo mais plausível, discutida em detalhe no meu livro *Health as a human right* (ver Nota 2, *supra*), é que a judicialização tende a

GRÁFICO 3 - NÚMERO DE AÇÕES PENDENTES POR 100 MIL HABITANTES, DE ACORDO COM AS REGIÕES DO BRASIL



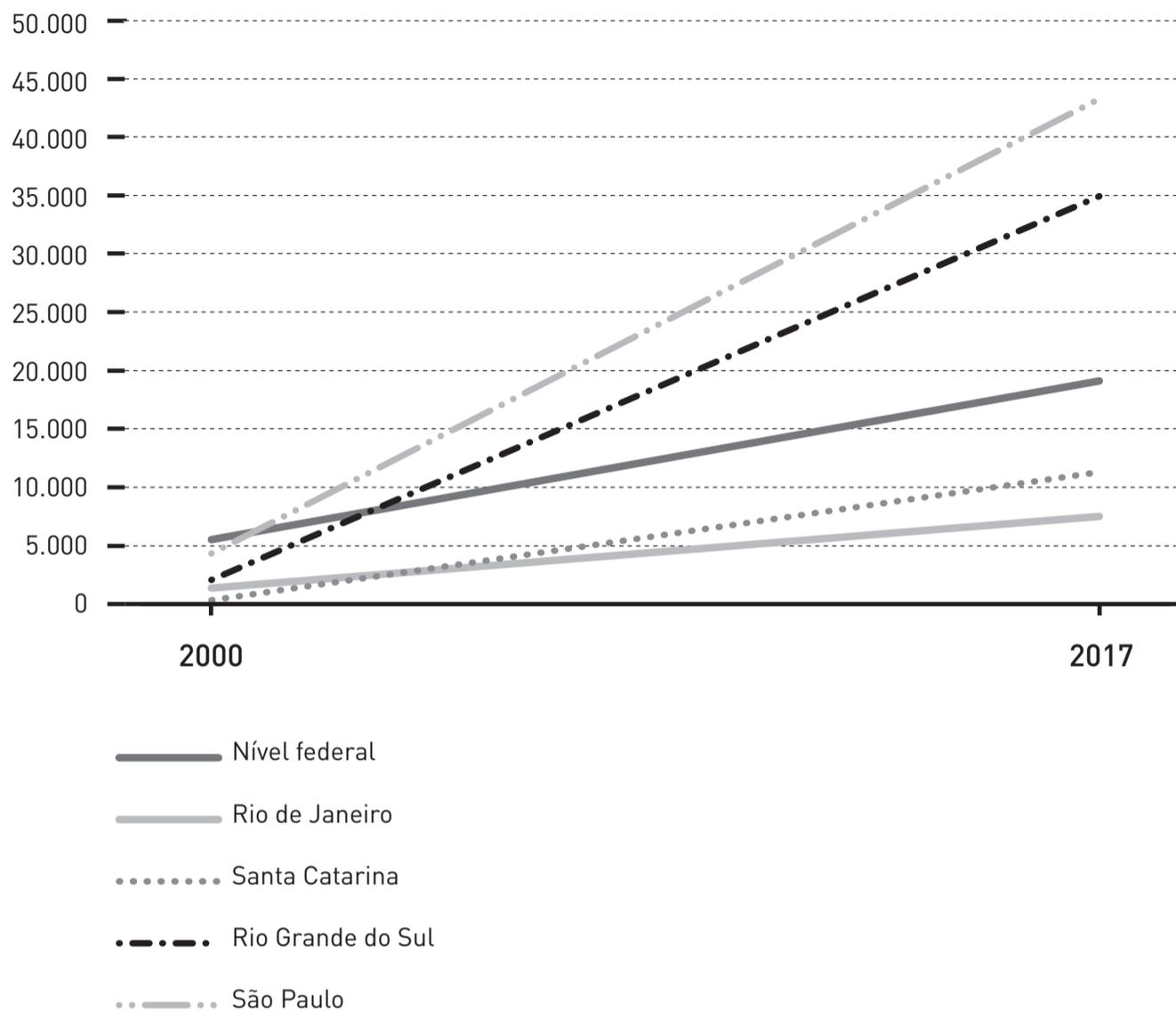
Fonte: Elaboração própria com dados do CNJ, 2018.

Outro aspecto importante da judicialização da saúde no Brasil é que não se trata de um fenômeno antigo. Iniciou-se aproximadamente há duas décadas, em meados de 1990, acelerou na virada dos anos 2000 e, desde então, cresce infalivelmente ano a ano, como mostra o Gráfico 4, a seguir, com dados da judicialização no nível federal e nos estados do Sul e do Sudeste onde a judicialização tem sido mais expressiva.

...

ocorrer nos estados, municípios e bairros com índice de desenvolvimento socioeconômico mais elevado e, conseqüentemente, maior acesso à justiça.

GRÁFICO 4 - CRESCIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO NO ÂMBITO FEDERAL E EM ESTADOS SELECIONADOS DAS REGIÕES SUL E SUDESTE



Fonte: Formulação própria com dados de várias fontes.<sup>8</sup>

As causas da judicialização da saúde são as mais variadas. Há, sem dúvida, ações motivadas por falhas administrativas, descaso, corrupção (a “judicialização boa”), mas há também muitos processos gerados por fatores diversos, como o desejo de pacientes e médicos de usufruir de tratamentos que não deveriam ser fornecidos pelo sistema à luz de princípios consolidados da

8 Ver: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números*, 2018. Ver, também: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Health inequalities, rights and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating the right to health: can courts bring more justice to health systems?* Harvard University Press, 2011. Note que os dados de 2000 só incluem ações contra a União e os estados, enquanto os mais recentes incluem também ações contra municípios.

saúde pública, como a segurança, a eficácia e a custo-efetividade; a propaganda exacerbada da indústria farmacêutica; e até fraude (a “judicialização ruim”).

Há uma enorme controvérsia sobre que tipo de judicialização predomina hoje no Brasil: a “boa” ou a “ruim”?<sup>9</sup> No entanto, como já mencionei na introdução e ficará claro na seção seguinte, não é necessário ingressar nessa polêmica para se concluir que a jurisprudência atualmente dominante precisa ser modificada com urgência. Isso porque, do modo como a maioria de nossos juízes interpretam hoje o direito à saúde do artigo 196 da Constituição, que eu chamo de jurisprudência do “direito a tudo”, não importa praticamente nada se o pedido foi motivado por falha na prestação estatal ou não. Acatam-se hoje quase que automaticamente, mediante simples prescrição médica, todas as demandas que chegam ao Judiciário.

### 1.2. A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE: O DIREITO À SAÚDE COMO UM “DIREITO A TUDO”

A jurisprudência do “direito a tudo”, ao que parece, foi inaugurada em 1997 em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello em uma ação contra o estado de Santa Catarina demandando tratamento de transplante de células mioblásticas para a doença de Duchene, uma doença rara que causa distrofia muscular. Aquela decisão foi corroborada alguns anos depois em vários casos relacionados à AIDS, e a seguinte passagem de um deles, da relatoria do mesmo ministro, tornar-se-ia paradigmática para a concessão de centenas de milhares de pedidos nas últimas duas décadas:<sup>10,11</sup>

- ...
- 9 Em *Health as a human right* (ver Nota 2, *supra*), eu discuto essa questão longamente com base nos dados empíricos disponíveis e sustento que a dicotomia judicialização boa e judicialização ruim é simplista para capturar a realidade complexa da judicialização. Um dos pontos que saliento é o seguinte: mesmo medicamentos constantes das listas (isto é, incorporados) podem estar sendo judicializados não por falha ou omissão estatal, mas por diversas outras razões, por exemplo, pedido para uso diferente do aprovado (“*off-label*”), pedido fora de hospital público em casos de medicamentos para câncer, pedidos de formulações ou marcas diversas dos constantes nas listas, etc.
- 10 Para o caso envolvendo tratamento para a doença de Duchene, ver PET 1.246-SC (STF, 1997, Celso de Mello). Para os primeiros casos no STF que envolvem tratamento para AIDS no início dos anos 2000, ver: RE n. 271.286-AgR-RS (Celso de Mello); AG n. 232469-RS (Marco Aurélio), AG n. 236.644-RS (Maurício Correa); AG n. 238.328-RS (Marco Aurélio), AG n. 273.042-RS (Marco Aurélio).
- 11 Para um estudo pioneiro, ver: SCHEFFER, Mário *et al.* (coord.). *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005 (Série Legislação n. 3). Ouve-se frequentemente que a judicialização da saúde no Brasil teria começado com casos que requereram exames e medicamentos para tratamento da AIDS em meados de 1990. A primeira decisão do STF a reconhecer a saúde como direito público subjetivo e não simplesmente norma programática, porém, versava sobre tratamento de transplante de células mioblásticas para a doença de Duchene, uma doença rara que causa distrofia muscular, como mencionei no texto. Para a mudança de postura do Judiciário, ver: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida [...] A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente [...]

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Houve, sem dúvida, mérito nesse novo entendimento jurisprudencial consolidado na virada dos anos 2000. Foi importante superar a ideia de que o direito à saúde do artigo 196 era uma norma puramente programática, isto é, de eficácia reduzida. Todavia, a interpretação extremamente expansiva conferida ao direito à saúde foi muito além do que a norma constitucional e a própria realidade autorizam. Ao descartar a limitação de recursos (dentro da qual qualquer sistema de saúde do mundo precisa inescapavelmente operar) como mero “interesse financeiro e secundário do Estado”, ou seja, irrelevante diante do interesse maior da saúde e da vida, proclamou-se na verdade um “direito a tudo”.

Não tardou para que essa interpretação exacerbadamente expansiva, praticamente absolutista do direito à saúde, se contrapusesse não apenas à limitação de recursos mas a qualquer outra razão invocada pelo Estado para não fornecer o medicamento requerido pelo demandante, como a falta de evidências científicas (tratamento experimental) e a falta de aprovação regulatória (tratamento sem registro na Anvisa ou “*off-label*”).

Se o direito à saúde é um direito a tudo que possa, de algum modo, ainda que especulativo e com altíssimo custo, contribuir para a saúde do demandante, não importam os motivos pelos quais o Estado não esteja satisfazendo a demanda. Todo e qualquer tratamento prescrito pelo médico do demandante, por mais experimental e caro que seja, deve ser concedido. A

...

excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurisprudência Mineira*, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Ver, como exemplo da postura mais deferente do Judiciário: Apelação Cível 27.522-5, São José dos Campos/SP, Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Yoshiaki Ichihara, 28/04/99, citado em Scheffer *et al.* (2005, p. 107). Para a influência da decisão de Celso de Mello na consolidação da jurisprudência dominante, ver: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência constitucional. Como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009; e SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

seguinte passagem de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ilustra bem a posição hoje dominante:

O receituário médico, firmado seja por médico particular, seja por médico público, é documento hábil a comprovar a necessidade do medicamento. Adotar o entendimento do Poder Público, que pretende discutir a prescrição feita, seria adentrar ao campo próprio do médico responsável pelo tratamento do paciente. A não ser quando evidente o erro contido no relatório/receita, ou seja, quando teratológica a prescrição, descabe ao administrador, bem como ao Judiciário, questionar se esse ou aquele medicamento seria o mais adequado.<sup>12</sup>

### 1.3. O QUE ESTÁ ERRADO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE?

É compreensível que pacientes e médicos desejem usufruir o mais rápido e amplamente possível das últimas novidades em medicamentos e tratamentos que aparecem no mundo da medicina, no Brasil e no exterior. Entretanto, nenhum sistema de saúde do mundo pode funcionar assim. Grande parte das novidades em saúde, depois de devidamente avaliadas pela comunidade científica, acabam se mostrando ineficazes, inseguras, demasiadamente caras em relação aos benefícios trazidos (custo-inefetivas) ou simplesmente impossíveis de serem financiadas com os recursos limitados da saúde (alto impacto orçamentário).<sup>13</sup> A *segurança*, a *sustentabilidade* e a *equidade* de qualquer sistema de saúde têm por premissa básica a limitação das ações e serviços que serão ofertados ao público.<sup>14</sup> Cada um desses aspectos é discutido com mais profundidade a seguir.

#### A. O “DIREITO A TUDO” NÃO É PRUDENTE

Nem mesmo em um mundo ideal, com recursos infinitos para se investir em saúde, seria prudente que um sistema de saúde oferecesse todo e qualquer tratamento disponível no mundo

...

12 Decisão monocrática proferida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no Agravo de Instrumento n. 1.114.613/MG, j. em 08/05/2009.

13 Note a sutil mas importante diferença entre custo-efetividade, que é a relação entre o custo do medicamento e a melhora que pode trazer à saúde do *indivíduo*, e o impacto orçamentário, que é o custo agregado que um determinado medicamento gerará se for incorporado ao sistema e fornecido a toda a população. Para uma excelente discussão, ver: CHARLTON Victoria *et al.* Cost effective but unaffordable: an emerging challenge for health systems. *BMJ*, 356, j1402, 2017.

14 Ver: CHALKIDOU, Kalipso *et al.* Priority-setting for achieving universal health coverage. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 94, n. 6, p. 405-480, jun. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/94/6/15-155721/en/>. Acesso em: 08 out. 2019.

médico. Como a história da medicina demonstra, para cada tratamento que se mostra *seguro* e *eficaz*, muitos acabam sendo descartados por não apresentarem uma ou mais dessas características essenciais. Não é por outra razão que se exige hoje que qualquer tratamento passe por uma série de testes e receba *aprovação regulatória* antes de poder ser comercializado no mercado.

Esse processo é necessariamente longo e complexo. Inicia-se com os chamados *estudos pré-clínicos*, em animais de experimentação. Somente quando esses estudos trazem resultados promissores em termos de segurança e eficácia pode-se prosseguir para os chamados *estudos clínicos* com a participação de seres humanos. Esses estudos são divididos em quatro fases. Na *fase I*, o medicamento é testado pela primeira vez em um ser humano, geralmente um indivíduo que não tem a doença para a qual o medicamento está sendo estudado. Nessa fase, serão avaliadas diferentes vias de administração e diferentes doses, realizando-se testes iniciais de segurança e de interação com outras drogas ou álcool. Cerca de 20 a 100 indivíduos participam dessa fase. Na *fase II* (“estudo piloto”), participam cerca de 100 a 300 indivíduos que têm a condição para a qual o medicamento está sendo estudado. O objetivo é obter mais dados de segurança e começar a avaliar a eficácia do novo medicamento ou procedimento. Diferentes dosagens e diferentes indicações são avaliadas nessa fase. Na *fase III*, estudos multicêntricos são realizados com milhares de pacientes (de 5 a 10 mil), por um período maior de tempo, para obtenção de maiores informações sobre segurança e eficácia e, em geral, com o objetivo de comparar o tratamento estudado a outros tratamentos existentes. A análise dos dados obtidos na fase III são essenciais para a aprovação (registro) para uso comercial do novo medicamento pelas autoridades sanitárias, a Anvisa no caso brasileiro. Mesmo depois de registrado e comercializado, um medicamento passa por nova fase de estudos (a *fase IV*), para acompanhamento de seu uso e obtenção de dados adicionais sobre sua segurança e eficácia, sobretudo para a detecção de efeitos colaterais previamente desconhecidos ou incompletamente qualificados, assim como outros eventuais fatores de risco relacionados ao uso massivo do medicamento (a chamada *farmacovigilância*).<sup>15</sup>

*A jurisprudência do “direito a tudo”, ao conceder medicamentos experimentais e sem registro na Anvisa, mediante simples prescrição médica, está na verdade a descartar a importância desse processo de verificação da segurança e da eficácia dos medicamentos. Não se trata de postura prudente, pois cria riscos não só à segurança dos demandantes mas também à saúde pública ao autorizar o uso de medicamentos que não passaram pelo crivo regulatório.*

...

15 Para uma explicação breve e clara das fases da pesquisa clínica, ver: <https://www.fcm.unicamp.br/fcm/cpc-centro-de-pesquisa-clinica/pesquisa-clinica/quais-sao-fases-da-pesquisa-clinica>. Acesso em: 08 out. 2019.

## B. O “DIREITO A TUDO” NÃO É SUSTENTÁVEL

A jurisprudência do “direito a tudo” tem impacto negativo importante na *sustentabilidade* do sistema público de saúde. Isso porque em nenhum país do mundo há recursos suficientes para se oferecer a toda a população todos os tratamentos que conseguem passar pelo crivo regulatório explicado anteriormente. Existem atualmente milhares de medicamentos aprovados na Anvisa e em agências regulatórias pelo mundo afora, vários de empresas diferentes mas para a mesma patologia, com frequência com enorme variação de preço.<sup>16</sup> Todo sistema de saúde precisa fazer escolhas sobre quais medicamentos e tratamentos vai ou não ofertar dentro das inúmeras possibilidades com seu orçamento necessariamente limitado. Esse processo, chamado de *incorporação*, envolve análise da chamada *custo-efetividade* e do *impacto orçamentário* dos tratamentos disponíveis. A incumbência dessa tarefa no Brasil é do Ministério da Saúde, com o auxílio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec). Há também a participação do Poder Legislativo, que é quem aprova o orçamento da saúde e estabelece os limites financeiros dentro dos quais essas escolhas devem ser necessariamente feitas.

Os tratamentos incorporados ingressam nas chamadas *listas* de medicamentos e procedimentos, como a Relação Nacional de Medicamentos (Rename) e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases). É preciso também elaborar os chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), uma espécie de guia de instruções para garantir o uso racional e seguro dos medicamentos e procedimentos incorporados.

A jurisprudência atual do “direito a tudo” praticamente ignora as listas, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas. Estudo recente e pioneiro do Insper e CNJ analisou o texto de quase 170 mil decisões judiciais em diferentes estados do Brasil para verificar se havia menção à Conitec, à Rename, às Relações de Medicamentos Municipais (Remune), à Renases e aos PCDTs, todos estes termos relacionados ao processo de incorporação de novas tecnologias no SUS. Em algumas regiões o resultado foi 0%. O percentual mais alto não chegou a 9%, demonstrando grande desconhecimento ou desinteresse nas decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde.<sup>17</sup>

*A jurisprudência do “direito a tudo”, ao conceder tratamentos mediante simples prescrição médica, passa por cima do processo de incorporação. Afeta, desse modo, a sustentabilidade do sistema, sobretudo quando concede tratamentos que já foram rejeitados pelo Ministério da Saúde por não preencherem os critérios de priorização (custo-efetividade e impacto orçamentário) estabelecidos na Lei n. 12.401 / 2012.*

...

16 Os chamados medicamentos genéricos, por exemplo, são idênticos aos medicamentos de marca, mas têm preço menor, frequentemente muito menor.

17 Foram pesquisados 164.587 acórdãos de tribunais de justiça do país. Ver: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), 2019. p. 65-67.

### C. O “DIREITO A TUDO” É INÍQUO

A jurisprudência do “direito a tudo” tem impacto negativo importante na equidade do sistema de saúde. Como não é possível, no mundo real, dar tudo a todos (em virtude do problema da sustentabilidade discutido anteriormente) o “direito a tudo” só é sustentável (de modo precário, é claro) se for limitado a uma minoria de cidadãos. É exatamente o que ocorre no Brasil. Apesar da retórica da universalidade (um direito de *todos*), a verdade é que o “direito a tudo” só está disponível àqueles que têm acesso ao Judiciário. O acesso ao Judiciário no Brasil, como aliás na maioria dos países, é fortemente determinado pela condição socioeconômica do demandante em potencial.<sup>18</sup> Quanto mais alto o nível socioeconômico da pessoa, mais fácil tende a ser seu acesso ao Judiciário.

Não há sinais de que essa “lei de ferro” do acesso à Justiça esteja sendo desafiada pela judicialização da saúde no Brasil. Estudos cada vez mais detalhados e abrangentes mostram que a grande maioria das ações se concentram nos estados, municípios e até mesmo bairros mais desenvolvidos do país, ou seja, há uma forte correlação entre nível de desenvolvimento socioeconômico e volume de ações judiciais (ver Gráfico 3, apresentado anteriormente). Mesmo aquela parcela que consegue chegar ao Judiciário pelas vias dos serviços da Defensoria Pública e do Ministério Público (severamente limitados no Brasil) não é nem de longe aquela composta pelos mais necessitados em saúde do país. Basta analisar o endereço dos demandantes e os objetos mais comumente litigados para se chegar a essa conclusão.<sup>19</sup>

*A jurisprudência do “direito a tudo”, desse modo, afeta também a equidade do sistema, promovendo uma separação entre aqueles que têm efetivamente acesso a tudo, via Justiça, e os que têm acesso apenas aos medicamentos e tratamentos ofertados com os recursos limitados do sistema público, cada vez mais afetados pelos crescentes gastos com a judicialização.*

### 1.4. CONCLUSÕES

Esta primeira parte buscou esclarecer os problemas da jurisprudência sobre o direito à saúde atualmente dominante e por que ela precisa ser reformada com urgência. No afã de conferir eficácia e força jurídica a esse importante direito social, nosso Judiciário acabou consolidando um entendimento absolutista (o “direito a tudo”) que afeta significativamente a *segurança*, a *sustentabilidade* e a *equidade* de nosso sistema público de saúde.

Como ressaltei no início deste artigo, não se está querendo negar aqui que o sistema público de saúde tenha graves problemas e que parte da judicialização da saúde seja uma reação a

...

<sup>18</sup> A chamada estrutura de oportunidade (*opportunity structure*), conforme Epp (1998), ver Nota 1, *supra*. Mesmo que o Judiciário brasileiro fosse extremamente acessível a toda a população, inclusive para os mais pobres, o “direito a tudo” não deixaria de ser imprudente e insustentável, embora seria pelo menos igualitário.

<sup>19</sup> Ver: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Health as a human right*, Capítulo 6.

esses problemas. O que se está argumentando é, simplesmente, que a jurisprudência dominante, do “direito a tudo”, não contribui para a solução desses problemas. Pelo contrário: a jurisprudência do “direito a tudo” habita um mundo no qual escolhas difíceis não precisam ser feitas e processos complexos podem ser descartados pela conjunção mágica entre um artigo da Constituição e o carimbo de um médico no seu receituário. Esse mundo infelizmente não existe. Ou pior, existe, mas apenas a um enorme custo, repita-se, para a segurança, a sustentabilidade e a equidade do sistema público de saúde.

Esse modelo precisa ser urgentemente reformado. Há sinais de que a consciência dessa necessidade de reforma esteja crescendo dentro do Judiciário brasileiro, em especial em sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal, como mostram dois Recursos Extraordinários recentes que versam sobre pedidos de medicamentos experimentais e não registrados na Anvisa (Recurso Extraordinário n. 657.718) e sobre medicamentos de alto custo, incluindo aqueles não incorporados ao SUS (Recurso Extraordinário n. 566.471).<sup>20</sup>

Juntas, essas duas categorias, em parte interrelacionadas, englobam a grande maioria dos casos das demandas problemáticas e que geram os custos mais expressivos ao sistema público. Decisões adequadas e complementares nesses dois casos podem vir a equacionar definitivamente o problema da “judicialização ruim”. A segunda parte deste texto se dedica a uma análise crítica desses casos e oferece uma contribuição sobre como as decisões (teses) poderiam ser formuladas para que, juntas, alcançassem o melhor efeito possível.

## 2. REFORMANDO A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Esta parte está subdividida em duas subseções. Na primeira, analiso a tese que já foi adotada no STF por ampla maioria (8 a 2) no Recurso Extraordinário n. 657.718, sobre medicamentos experimentais e sem registro na Anvisa, tomando por base o voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso. Sustento que a tese fixada no voto representa sem dúvida um enorme avanço em relação à jurisprudência hoje dominante, mas que poderia ser aprimorada para surtir efeitos ainda melhores. Na segunda subseção, discuto proposta de tese para o Recurso Extraordinário n. 566.471, sobre medicamentos de alto custo e não incorporados ao SUS. Tomo por base aqui os três votos até agora proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Sustento que a tese para esse segundo caso precisa ir muito além do que até agora foi proposto pelos três magistrados para que complemente e seja coerente com o importante passo inicial dado no RE n. 657.718 e evite que os efeitos positivos que ambas as teses podem surtir, juntas, sejam mitigados.

...

<sup>20</sup> Deve-se notar também os importantes esforços do Fórum da Saúde do CNJ e de suas jornadas e enunciados sobre o tema. Ver: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude>.

### 2.1. MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS E SEM REGISTRO NA ANVISA (RE N. 657.718)

A decisão do RE n. 657.718 limitou-se exclusivamente à questão dos medicamentos experimentais e do chamado *registro* de medicamentos. O registro é a aprovação que o Estado confere a todo medicamento para que possa ser comercializado no país. No Brasil, esse processo é realizado pela Anvisa. Como bem apontado no voto do Ministro Relator Marco Aurélio, “o registro ou cadastro mostra-se condição para que a Agência fiscalizadora possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto”.<sup>21</sup> Medicamentos experimentais são aqueles que sequer terminaram as primeiras três fases de testes clínicos necessários para que seu pedido de registro possa ser requerido ao órgão regulador (ver item “a” da Seção 1.3).

A concessão indiscriminada pelo Judiciário de medicamentos experimentais e de medicamentos não registrados na Anvisa como vinha ocorrendo nas últimas duas décadas em centenas, talvez milhares, de ações judiciais pelo país não era defensável. Todos os dez ministros que participaram do julgamento parecem ter concordado nesse ponto. O voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso colocou muito bem a questão do seguinte modo:

25. A criação de todo esse minucioso sistema regulatório em relação aos medicamentos, bem como a atribuição da competência para sua execução a uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde [Anvisa], com a devida *expertise* e capacidade técnica, têm como objetivo evidente a proteção da saúde da população brasileira. [...]

28. [...] Decisões judiciais que determinam o fornecimento de fármacos sem o devido registro sanitário, especialmente quando estes não foram submetidos aos testes e critérios técnicos mínimos exigidos (como é caso de medicamentos experimentais), representam grave risco para a saúde pública.<sup>22</sup>

...

21 O voto atraiu a concordância de outros sete ministros, dissentindo apenas Marco Aurélio e Dias Toffoli, que adotavam uma postura ainda mais rigorosa a favor da necessidade de registro, impedindo o Judiciário de conceder medicamentos sem registro salvo nos casos excepcionais previstos em lei, como o do uso passivo em pesquisa clínica.

22 Várias outras passagens relevantes do voto do Ministro Luís Roberto Barroso tratam do tema do registro. Destaco as seguintes: “a exigência de registro sanitário junto à agência competente constitui relevante ferramenta regulatória que garante a proteção da saúde pública, estabelecendo-se uma ponderação entre interesses por vezes conflitantes das empresas farmacêuticas, dos pesquisadores, dos médicos e dos pacientes” (RE n. 566.471, parágrafo 20). “O registro sanitário não é, assim, um procedimento meramente burocrático e dispensável, mas processo essencial para a tutela do direito à saúde de toda a coletividade” (RE n. 566.471, parágrafo 21); “[...] decisões judiciais que deferem medicamentos não registrados, ao substituírem uma escolha técnica e procedimental da Agência, interferem de forma ilegítima no funcionamento da

A partir dessa correta análise, corroborada nos votos de todos os ministros, sete deles seguiram a tese sugerida pelo Ministro Barroso, composta por quatro itens, que passarei agora a analisar.

#### A. OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO

Os dois primeiros requisitos estabelecem duas regras gerais, o terceiro estabelece critérios bastante restritivos para que a regra geral do item 2 possa ser excepcionada, e o quarto item limita a legitimidade processual para responder a esse tipo de ações à União, isto é, exclui a possibilidade de ações contra os estados e municípios.

A primeira regra geral é bastante clara e peremptória; não admite qualquer exceção.

##### 1. “O ESTADO NÃO PODE SER OBRIGADO A FORNECER MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS”

Essa regra vai impedir a concessão de liminares para tratamentos experimentais no exterior ou no Brasil, isto é, tratamentos que não passaram sequer pela fase inicial de pesquisa clínica exigida para que qualquer medicamento possa ser considerado para uso e comercialização. O caso da fosfoetanolamina (a chamada pílula do câncer) é apenas o mais conhecido. Estudos sobre a judicialização mostram que, nos últimos vinte anos, uma quantidade significativa de medicamentos e procedimentos experimentais foram concedidos judicialmente.<sup>23</sup> Este é um importante primeiro passo, portanto, na direção correta para o equacionamento

...

Administração Pública, em afronta à reserva de administração e à separação de poderes” (RE n. 566.471, parágrafo 32). “A autorização judicial de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa possui, ainda, inúmeras consequências indesejadas. *Primeiro*, ela produz profunda desorganização financeira e administrativa dos entes federativos, já que, como os valores envolvidos no fornecimento desses fármacos não constam do orçamento, devem ser realizados contingenciamentos para o cumprimento das decisões. *Segundo*, em um cenário de escassez de recursos, os gastos para a compra de medicamentos não registrados na Agência são efetuados em prejuízo do atendimento de outras demandas prioritárias, afetando a própria saúde da população. Por vezes, o valor que é utilizado para custear o tratamento de um único paciente poderia ser aplicado para conferir atendimento de saúde a centenas e até milhares de pessoas. *Terceiro*, ela cria incentivos para atuações oportunistas das empresas farmacêuticas. Tais empresas podem, especialmente no caso de doenças raras, concluir ser mais vantajoso instituir um mercado paralelo para o fornecimento de medicamento no Brasil (pela via judicial), já que, nesse caso, ficam isentas dos elevados custos envolvidos no processo de registro, bem como do controle dos preços praticados. [...] A interferência do Judiciário apenas se legitimaria em um contexto de deficiência estrutural e sistêmica do procedimento de registro de novos medicamentos. Porém, não é isso que ocorre” (RE n. 566.471, parágrafo 34).

<sup>23</sup> Para uma excelente meta-análise de 53 estudos com dados abrangentes, ver: TORRES, Izamara Damasceno Catanheide. *Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática*. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, 2013.

da judicialização da saúde, isto é, para a reforma da jurisprudência dominante do “direito a tudo” discutida anteriormente.

A segunda regra geral versa sobre medicamentos que, apesar de não mais experimentais, não têm ainda registro na Anvisa, ou seja, não foram aprovados para comercialização no país. Aqui houve uma pequena discordância entre os ministros. Marco Aurélio e Dias Toffoli defenderam que a regra fosse também peremptória, ou seja, que se proibisse simplesmente a concessão judicial de medicamentos sem registro.<sup>24</sup> Os demais oito ministros que participaram do julgamento, porém, optaram por regra condicionada, elaborada da seguinte maneira no voto vencedor do Ministro Barroso:

2. “A AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA IMPEDE, *COMO REGRA GERAL*, O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO POR DECISÃO JUDICIAL”

Toda vez que se abre uma exceção a uma regra geral corre-se o risco de a exceção anular a regra. Voltarei a esse ponto adiante quando tratar do RE n. 566.471. No presente caso, porém, os ministros foram bastante cuidadosos para evitar esse risco, estabelecendo requisitos bastante restritivos no item 3 da tese que condicionam fortemente as possibilidades de exceção à regra geral do item 2.

3. “É POSSÍVEL, EXCEPCIONALMENTE, A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO SANITÁRIO, **EM CASO DE MORA IRRAZOÁVEL DA ANVISA** EM APRECIAR O PEDIDO (PRAZO SUPERIOR AO PREVISTO NA LEI N. 13.411/2016), QUANDO PREENCHIDOS TRÊS REQUISITOS:

A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE REGISTRO DO MEDICAMENTO NO BRASIL (SALVO NO CASO DE MEDICAMENTOS ORFÃOS PARA DOENÇAS RARAS E ULTRARRARAS);<sup>25</sup>

...

<sup>24</sup> Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio, que acabou vencido, ante a ausência de aprovação pelo órgão investido legalmente da competência e dotado da *expertise* para tanto, existe o risco de o medicamento vir a prejudicar a saúde do paciente. Portanto, “[n]ão podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional a saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente”. Com base nesses fundamentos, o Ministro Marco Aurélio fixou a seguinte tese de repercussão geral: “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa [–] é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”.

<sup>25</sup> Para os casos de doenças raras, o Ministro Luís Roberto Barroso determinou o seguinte: “43 [...] Nesses casos, a parte deverá demonstrar que (i) a doença é rara conforme os critérios da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa n. 205/2017 (enfermidade que atinge até 65 pessoas em cada 100 mil) e (ii) não há protocolo clínico específico do Ministério da Saúde para o tratamento da doença”.

A EXISTÊNCIA DE REGISTRO DO MEDICAMENTO EM RENOMADAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO NO EXTERIOR; E

A INEXISTÊNCIA DE SUBSTITUTO TERAPÊUTICO COM REGISTRO NO BRASIL. (grifos meus)<sup>26</sup>

Como se vê, é apenas nos casos de *mora irrazoável* que o Judiciário pode contemplar a concessão de um medicamento sem registro na Anvisa. Trata-se de uma diferença já bastante significativa em comparação ao que vinha ocorrendo até então ao abrigo da jurisprudência dominante. De decisões que simplesmente ignoravam se havia registro ou não na Anvisa e concediam automaticamente qualquer pedido mediante simples prescrição médica (o “direito a tudo”), o juiz agora deverá adotar postura muito mais restritiva. Em todos os casos a seguir, a decisão adequada, segundo a tese firmada no RE n. 657.718, será de *negativa do pedido*:

1. medicamentos em que a Anvisa já tenha apreciado e recusado o registro;
2. medicamentos em que o registro não tenha ainda sido requerido ou tenha sido requerido mas se encontre em fase de análise pela Anvisa dentro dos prazos estabelecidos pela Lei n. 13.411/2016 (que vão de 90 a 365 dias, com possibilidades de prorrogações); E
  - 2a. medicamentos sem pedido de registro no Brasil,<sup>27</sup>
  - 2b. medicamentos sem registro em renomadas agências internacionais e
  - 2c. medicamentos com substituto farmacêutico registrado no Brasil.

Os critérios estabelecidos na tese do RE n. 657.718 devem ser louvados. Protegem a saúde e a segurança dos próprios demandantes, a saúde pública no país e a racionalidade e sustentabilidade do sistema público. São sem sombra de dúvida um grande avanço em comparação com a jurisprudência que prevaleceu até agora, do “direito a tudo”, como visto na primeira parte desse artigo. Entretanto, a tese deixa ainda uma lacuna pela qual pedidos não justificados poderão continuar a ser concedidos.

#### B. REQUISITOS NECESSÁRIOS MAS NÃO SUFICIENTES

Com efeito, da maneira como a tese está formulada, pode-se ter a impressão de que as cinco hipóteses de denegação de pedidos de medicamento sem registro sejam *exaustivas*. Ou seja, pode-se concluir (erroneamente como sustentarei adiante) que o medicamento sem registro

...

<sup>26</sup> Além desses três requisitos, foi elaborado um quarto, mas que se trata de regra de jurisdição e não propriamente de um requisito adicional sobre o medicamento requerido: “4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. Outro requisito não relacionado ao medicamento é o da hipossuficiência. Ver a discussão sobre ambos neste texto.

<sup>27</sup> Com exceção das chamadas doenças raras, ver Nota 22, *supra*.

na Anvisa deva *sempre* ser concedido pelo Judiciário quando não se configurarem nenhuma das cinco hipóteses identificadas pela tese.

Isso seria, a meu ver, inadequado. Como vimos na primeira parte deste artigo e foi acertadamente reconhecido no voto do Ministro Barroso no RE n. 566.471, o registro representa apenas *uma etapa* do processo de determinação dos medicamentos que entrarão nas listas do sistema público, isto é, nas listas de medicamentos que o Estado deverá obrigatoriamente fornecer a toda a população. Além do registro, há ainda o processo de *incorporação*, que é fundamental para garantir a *sustentabilidade* e a *equidade* do sistema.

Nenhum país do mundo, vale enfatizar, oferece todos os medicamentos registrados no órgão sanitário regulador, muitos deles repetidos para a mesma condição de saúde (os chamados similares e genéricos). O registro do medicamento na Anvisa ou, quando esta se encontra em mora, em agências renomadas do exterior, não pode ser condição *suficiente* para gerar a obrigação do Estado de fornecê-lo no sistema público de saúde. Há milhares de medicamentos registrados que cumprem os requisitos de eficácia, segurança e qualidade mas que, por razões de custo-efetividade e impacto orçamentário, não justificam incorporação nas listas de qualquer sistema de saúde do mundo, por mais rico que seja.<sup>28</sup>

Seria importante, desse modo, que ficasse claro que os requisitos da tese estabelecida no RE n. 657.718 configuram apenas condições *necessárias* e não *suficientes* para a concessão de medicamento sem registro na Anvisa e que, antes de conceder medicamento sem registro na Anvisa, o Judiciário exigisse também demonstração de que os requisitos de incorporação estabelecidos na Lei n. 12.401/2012 estejam presentes, em particular aqueles expressos no artigo 19-Q, parágrafo 2, inciso II (grifos meus):<sup>29</sup>

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. [...]

...

28 O exemplo das chamadas insulinas especiais ou análogas é paradigmático. Ver discussão neste texto. Ver, também: WANG, Daniel; FRANCO, Denise; TERRAZAS, Fernanda; VILELLA, Mariana; PIRES, Natália. Judiciário e fornecimento de insulinas análogas pelo sistema público de saúde: direitos, ciência e políticas públicas. *Casoteca GV*. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/casoteca/judiciario-fornecimento-de-insulinas-analogas-pelo-sistema-publico-de-saude-direitos-cienci>. Acesso em: 08 out. 2019.

29 Lei n. 12.401/2012: “§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;  
II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível”.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

[...]

II - a **avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos** em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

É aqui que as decisões do RE n. 657.718 e do RE n. 566.471 se entrelaçam necessariamente. O ideal seria que ambas tivessem sido julgadas concomitantemente e que uma única tese, abarcando ambos os casos, fosse elaborada. Não faz sentido que os critérios para a concessão de medicamentos não incorporados, que serão fixados no RE n. 566.471, não se apliquem também, quando cabível, aos medicamentos sem registro, do contrário estar-se-ia criando uma regra mais branda para esses últimos, o que não parece razoável, como acabamos de mostrar e ficará ainda mais claro na seção seguinte.

## 2.2. MEDICAMENTOS DE “ALTO CUSTO” E NÃO INCORPORADOS AO SUS (RE N. 566.471)

Como vimos na introdução deste artigo, e vale enfatizar novamente, a premissa fundamental para o bom equacionamento do problema da judicialização da saúde é a de que nenhum sistema de saúde do mundo pode ou deve oferecer à população todo e qualquer tratamento que apareça no mundo das pesquisas médicas ou no mercado da saúde. É preciso não só avaliar a *segurança*, a *eficácia* e a *qualidade* do tratamento (aprovação regulatória, feita no Brasil pela Anvisa) como também a adequação de se *incorporar* (ou não) o tratamento no sistema sob o prisma da *sustentabilidade* e da *equidade* (feita no Brasil pelo Ministério da Saúde com suporte da Conitec).

No RE n. 657.718, analisado anteriormente, foi decidida apenas a questão relacionada à segurança, eficácia e qualidade (registro na Anvisa). No RE n. 566.471 será decidida a segunda questão. Como já mencionei, o ideal seria que ambos os casos fossem decididos em conjunto e gerassem uma só tese, pois se trata de duas partes indissociáveis do processo de determinação daquilo que o Estado está obrigado a fornecer à população em decorrência do direito constitucional à saúde do artigo 196. Tendo em vista que os casos foram julgados separadamente, é fundamental que ambas as teses sejam complementares e coerentes entre si. Nesta seção do artigo sugerirei como, a meu ver, isso poderá ser alcançado, fazendo uma análise crítica e alguns reparos aos votos até aqui proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Sustentarei que esses votos, embora representem progresso em relação à jurisprudência anterior, não vão longe o suficiente para equacionar o problema. Na verdade, ficam muito aquém do que seria necessário.

### A. EXCEÇÃO E REGRA. QUANDO CONCEDER JUDICIALMENTE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS?

Como bem apontado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a situação mais complexa é a dos medicamentos não incorporados pelo SUS:

43. A grande dificuldade surge na segunda hipótese, referente a demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamento não incorporado pelo SUS, *i.e.*, não incluído em listas do sistema único de saúde para dispensação gratuita a todos os que dele precisarem. (RE n. 566.471)<sup>30</sup>

São os medicamentos não incorporados que geram a maior parte dos custos da judicialização ao Estado, como demonstra estudo recente publicado pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS). Em 2016, os dez medicamentos judicializados mais custosos *consumiram mais de R\$ 1,1 bilhão do orçamento do Ministério da Saúde*. Nenhum deles estava incorporado no sistema público no momento da demanda (ver Gráfico 2 apresentado anteriormente).

Muitos entendem que a incorporação pelo sistema público deveria ser *requisito incondicional* para a concessão judicial. Não parece ser esta, porém, a posição atualmente predominante entre os ministros que já manifestaram seu voto e talvez entre os demais. Na opinião do Ministro Luís Roberto Barroso, “ainda não há consenso suficiente para que este STF afirme a absoluta impossibilidade de deferimento do pedido, impedindo juízes e tribunais de determinar o fornecimento de medicamentos não padronizados em qualquer caso” (RE n. 566.471). Marco Aurélio e Edson Fachin concordam que em certos casos a regra geral de respeito às políticas públicas pode ser afastada. O desafio, como já salientei anteriormente, é evitar que a regra seja destruída pela exceção, o que depende da formulação adequada dos critérios que justificam excepcionar a regra.

#### A1. A TENTATIVA DO MINISTRO GILMAR MENDES

Este foi, a meu ver, o principal problema da primeira tentativa de equacionamento da judicialização da saúde promovida pelo STF há uma década por iniciativa de seu então presidente, o Ministro Gilmar Mendes. Depois de convocar uma audiência pública em maio de 2009 e ouvir por cinco dias representantes de todos os grupos envolvidos e interessados no fenômeno da judicialização (gestores do SUS, organizações não governamentais, acadêmicos, profissionais da saúde, juízes, promotores, defensores e advogados), Gilmar Mendes propôs critérios para a concessão de medicamentos não incorporados pelo sistema que, a seu ver, também deveriam configurar situações excepcionais.

O grande aumento no número de ações nos últimos dez anos não deixa dúvidas de que a exceção acabou por tornar a regra praticamente inócua. Esse resultado era na verdade previsível para quem acompanha a judicialização da saúde, por causa da maneira como o Ministro

...

<sup>30</sup> Embora a situação dos medicamentos incorporados não seja tão simples como em geral se ouve nos debates, ver Nota 9, *supra*.

Gilmar Mendes formulou a exceção à regra, de forma muito vaga, como se pode ver na decisão da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 julgada em 2010. O Ministro Gilmar Mendes começa, acertadamente, por rejeitar a jurisprudência dominante de que o direito à saúde é um “direito a tudo”, e por estabelecer a regra geral de não concessão judicial de medicamentos e tratamentos não incorporados:

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão a ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, **em geral**, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente [...]. (STA 175, grifos meus)<sup>31</sup>

A regra geral me parece adequada. O problema está na formulação muito ampla que o Ministro Gilmar Mendes deu à exceção a tal regra. Para o ministro, o juiz deve conceder o pedido quando

for comprovada a **ineficácia** ou a **impropriedade** da política de saúde existente. (STA 175, grifos meus)

Como se prova que uma política pública de saúde é ineficaz ou imprópria? Uma interpretação muito ampla desses termos extremamente genéricos pode transformar a regra de que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em exceção. E foi exatamente isso o que ocorreu, como se vê pelo enorme crescimento da judicialização nos últimos dez anos mesmo após a audiência pública e os critérios formulados por Gilmar Mendes. Na própria decisão da STA 175 o ministro acabou concedendo o medicamento não incorporado *miglustate* ao demandante com fundamento em interpretação bastante elástica da “exceção” à regra geral). Segundo ele,

a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. (STA 175)

Ora, se a mera existência de determinado tratamento no mercado (acessível, em tese, aos usuários da rede privada) é prova de que a política pública de saúde é ineficaz ou imprópria,

•••

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175.

continuamos no mundo do direito à saúde como um “direito a tudo”, o mundo que a decisão de Gilmar Mendes parecia acertadamente ter deixado para trás.<sup>32</sup>

Esse risco de que as exceções acabem por anular a regra da não concessão de medicamentos não incorporados ao SUS precisa ser evitado com urgência nesta nova oportunidade conferida pelo RE n. 566.471. Do contrário, as demandas injustificadas e altamente nocivas ao sistema público de saúde continuarão aportando aos milhares em nossos tribunais e continuarão sendo concedidas por nossos juízes, bastando para tanto que um médico prescreva o medicamento requerido e ateste que o caso de seu paciente é excepcional.

#### A2. OS VOTOS DE MARCO AURÉLIO E EDSON FACHIN

Dos votos já proferidos no RE n. 566.471, tanto o Ministro Marco Aurélio como o Ministro Edson Fachin parecem deixar esse risco muito em aberto. Vão muito pouco além da proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes há uma década, que acabamos de sustentar ter se mostrado insuficiente.<sup>33</sup>

O voto do Ministro Marco Aurélio avança um pouco em relação à STA 175 mas continua admitindo exceção extremamente ampla que com certeza anulará ou minimizará muito os efeitos da regra:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, **depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição**, da incapacidade financeira do enfermo

...

32 Para a decisão de não incorporação do miglustate pela Conitec por falta de evidência de eficácia, ver: [http://CONITEC.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relatiro\\_Miglustate\\_Niemann\\_Pick\\_CP\\_25\\_2019.pdf](http://CONITEC.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relatiro_Miglustate_Niemann_Pick_CP_25_2019.pdf). Acesso em: 27 maio 2019. A recente decisão do STF em recurso repetitivo (art. 1.036, CPC 2015) parece incorrer no mesmo problema: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) **Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS**; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na Anvisa do medicamento” (RE n. 1.657.156-RJ, 2017/0025629-7, grifos meus).

33 Ver, para o inteiro teor dos votos: Repercussão geral STF: julgamento sobre dever de Estado fornecer remédios de alto custo e sem registro é suspenso. *Migalhas*, 23/08/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246451,31047-STF+Julgamento+sobre+dever+de+Estado+fornecer+remédios+de+alto+custo>. Acesso em: 08 out. 2019.

e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo [...].  
(RE n. 566.471, grifos meus)

Ora, imprescindibilidade (adequação e necessidade) são conceitos muito amplos e vagos. Os julgadores das instâncias inferiores tenderão a seguir a prescrição do médico do paciente como forma de demonstração da “imprescindibilidade” do tratamento, ou seja, exatamente como ocorre hoje.

Os parâmetros sugeridos pelo Ministro Edson Fachin, embora enfatizem corretamente a necessidade de análise das políticas de saúde em vigor, também modificam pouco a situação atual, pois admitem a concessão via judicial quando presentes requisitos que, a meu ver, poderão ser cumpridos com facilidade pelo demandante mediante simples justificativa de seu médico (item 5 da citação a seguir):

1. Prévio requerimento administrativo que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador;
2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada a impossibilidade;
3. Indicação do medicamento por meio da denominação comum brasileira ou a denominação internacional;
4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública;
5. Laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseados em evidência, além das vantagens para o paciente, comparando, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

### A3. O VOTO DE LUÍS ROBERTO BARROSO

O voto que mais avançou até agora na direção de uma solução mais eficaz e adequada, a meu ver, é o do Ministro Luís Roberto Barroso. O ministro enfatiza, inicialmente, que a sustentabilidade do sistema é a vítima principal da atual jurisprudência dominante.

Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiros devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamento não incluído na política pública. (RE n. 566.471, parágrafo 17)

Ao formular a exceção à regra, o Ministro Luís Roberto Barroso propõe “5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de uma prestação de saúde”.

São eles:

- (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente,
- (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes,
- (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS,
- (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e
- (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União. (RE n. 566.471, parágrafo 44)

Deixemos por enquanto de lado os requisitos i e v (idênticos aliás aos requisitos da tese do RE n. 657.718, sobre medicamentos sem registro) e foquemos nos demais, que são diretamente relacionados ao objeto da demanda (i.e., ao tratamento demandado judicialmente). É preciso reconhecer, de novo, que a tese proposta já representaria um enorme avanço em comparação com a jurisprudência dominante, do “direito a tudo”. O item ii sozinho já reduziria significativamente o volume da judicialização no Brasil, pois uma parte expressiva das ações requerem exatamente medicamentos que foram expressamente rejeitados pelos órgãos competentes por não cumprirem os requisitos para incorporação estabelecidos na Lei n. 12.401/2012. O item iii reduziria uma outra grande parte, pois muitas ações requerem medicamentos com substituto terapêutico no sistema público. O caso da diabetes é um bom exemplo entre muitos outros. Apesar de o SUS ter um programa reconhecido como apropriado pela comunidade médica e agências internacionais como a OMS, milhares de ações obrigam-no a fornecer um tipo diferente de insulina (as chamadas insulinas análogas) daquele previsto em suas listas (as chamadas insulinas regulares). A incorporação das insulinas análogas para a diabetes tipo 2 já foi rejeitada três vezes pela Conitec por razões plenamente válidas (baixa custo-efetividade e alto impacto orçamentário), mas continua sendo concedida judicialmente em milhares de ações.<sup>34</sup>

Não está suficientemente claro na tese, porém, como deve proceder o juiz no caso de inexistência de decisão do Ministério da Saúde sobre a incorporação ou não de determinado medicamento que não tenha substituto terapêutico no SUS. No final do voto, em seção sob o título “PARÂMETRO PROCEDIMENTAL: Diálogo interinstitucional”, o ministro sugere com acerto, a meu ver, que o Judiciário reconheça seus “conhecimentos técnicos limitados” e instaure

...

<sup>34</sup> Para estudos científicos que demonstram não haver evidências de que as insulinas análogas são superiores às regulares para ambos os tipos de diabetes (I e II), ver o estudo da organização Cochrane ([https://www.cochrane.org/CD012161/ENDOC\\_short-acting-insulin-analogues-versus-regular-human-insulin-type-1-diabetes-mellitus](https://www.cochrane.org/CD012161/ENDOC_short-acting-insulin-analogues-versus-regular-human-insulin-type-1-diabetes-mellitus); acesso em: 08 out. 2019) e o estudo da OMS ([https://www.who.int/selection\\_medicines/committees/expert/18/applications/Insulin\\_review.pdf](https://www.who.int/selection_medicines/committees/expert/18/applications/Insulin_review.pdf); acesso em: 08 out. 2019).

um “diálogo institucional” com os órgãos e pessoas especializados para colher elementos para a decisão.

69. Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Com isso, confere-se ao magistrado maior segurança técnica quanto aos diversos aspectos envolvidos na demanda, **como a fundamentação para a não incorporação do âmbito do SUS**, a existência ou não de substituto terapêutico e a existência de prova científica de eficácia do fármaco, bem como outras questões clínicas apresentadas pelas partes. Nessa fase, os magistrados devem preferencialmente realizar: (i) a oitiva de Câmaras de Assessoria Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) no âmbito dos tribunais e, quando inexistentes, de profissionais de saúde integrantes do SUS, (ii) **a oitiva da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec**; (iii) audiência com médico responsável pela receita médica que fundamentou a demanda e demais profissionais de saúde que auxiliarem o juízo. (RE n. 566.471, grifos meus)

É certamente salutar que esse “diálogo institucional” seja seguido – em especial, que a Conitec, órgão criado por lei com a incumbência de emitir pareceres sobre a incorporação de novas tecnologias, seja ouvida antes da concessão de medicamentos não incorporados. Trata-se de um grande avanço em relação à jurisprudência hoje dominante que, como vimos, tenta-se com uma simples prescrição médica para conceder qualquer pedido e praticamente ignora as listas e os protocolos do sistema de saúde. No entanto, faltou especificar parâmetros mais precisos, a meu ver, para a realização desse “diálogo institucional” e para que decisões eventualmente concessivas de medicamentos não incorporados sejam devidamente justificadas.

Na seção seguinte, sugiro requisitos adicionais aos já elencados pelo Ministro Luís Roberto Barroso que seriam, a meu ver, apropriados para alcançar o objetivo de equacionar efetivamente o problema da judicialização da saúde.

#### B. DIÁLOGO INSTITUCIONAL E CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS

Em primeiro lugar, também seria apropriado incluir no RE n. 566.471 um requisito de *mora irrazoável* do Ministério da Saúde na análise de incorporação ou não do medicamento judicialmente requerido. A Lei n. 12.401/2012, art. 19(R), estabelece expressamente os prazos a serem observados no processo administrativo de incorporação ou rejeição, que são de 180 dias prorrogáveis por mais 90.<sup>35</sup>

...

<sup>35</sup> Há ainda na lei a possibilidade de realização de consulta pública e audiência pública após a emissão de parecer pela Conitec, mas não há estabelecimento de prazos.

Não há razão, a meu ver, para não se incluir o requisito da mora irrazoável também na tese do RE n. 566.471. Da maneira como está redigido o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, não está claro se o magistrado poderá conceder medicamento mesmo que não haja sequer pedido de avaliação de incorporação deste pendente no Ministério da Saúde ou, em havendo, se tal pedido ainda está dentro dos prazos estabelecidos na lei. Na minha opinião, assim como no caso de ausência de registro da Anvisa (RE n. 657.718), quando não houver decisão de incorporação do medicamento judicialmente pleiteado, deve ficar comprovada a mora irrazoável do Ministério da Saúde, o que pressupõe a existência de pedido de avaliação de incorporação. Do contrário, e assim como ocorria no caso dos medicamentos não registrados, mas foi corretamente equacionado no RE n. 657.718, todo o aparato criado para a adequada avaliação de incorporação de novas tecnologias no SUS continuará a ser indevidamente ignorado.

Sugerimos, portanto, a inclusão dos seguintes requisitos adicionais, e cumulativos, na tese do RE n. 566.471:

### **Requisito adicional 1:**

Existência de pedido de incorporação do medicamento no Ministério da Saúde (Conitec).

### **Requisito adicional 2:**

Configuração de mora irrazoável do Ministério da Saúde em apreciar o pedido de incorporação do medicamento (prazos estabelecidos na Lei n. 12.401/2012).

A esses dois requisitos seria ainda apropriado, a meu ver, adicionar um terceiro. Mesmo em caso de mora irrazoável na decisão de incorporação (e assim como defendi anteriormente no caso dos medicamentos sem registro), não seria adequada a concessão automática do medicamento. Seria necessária ainda a demonstração de que o medicamento pleiteado preencha os requisitos de incorporação. Parece ter sido essa a intenção do Ministro Luís Roberto Barroso ao incluir no item 69 de seu voto (transcrito anteriormente) que o diálogo institucional visa a apurar, entre outros aspectos da demanda, a “fundamentação para a não incorporação no âmbito do SUS”. Seria mais apropriado e evitaria dúvidas, porém, deixar claro que essa fundamentação deve seguir os critérios já estabelecidos na Lei n. 12.401/2012 (art. 19(Q), parágrafo segundo, inciso II), em particular a avaliação econômica (por exemplo, custo-efetividade e impacto orçamentário). Sugiro, portanto, o seguinte requisito adicional:

### **Requisito adicional 3:**

Demonstração de que os requisitos de incorporação estabelecidos na Lei n. 12.401/2012 estejam presentes.

O problema que se põe aqui é de operacionalização do chamado “diálogo institucional”, isto é, do momento em que será realizado e de que peso será atribuído às manifestações da

Conitec e de outros especialistas. Do modo como está redigido o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, sobretudo a última frase do item 69<sup>36</sup> e o último parágrafo da fundamentação (item 72), parece haver duas situações distintas. Na primeira, em casos em que não haja risco de vida ao paciente, o magistrado deveria realizar o “diálogo institucional” e só depois de o ter concluído adotar uma decisão com fundamento nas evidências coletadas. Na segunda situação, i.e., quando haja risco de vida, estaria autorizada a concessão imediata do medicamento e o “diálogo institucional” se realizaria logo em seguida. Nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

69. Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. [...] Mesmo nas hipóteses em que o juízo conceda liminar sem prévia oitiva, devido a risco de vida, **tal diálogo deve ser posteriormente instaurado**, de modo a verificar a efetiva necessidade de fornecimento do medicamento e de manutenção da liminar.

[...] 72. Já em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, o diálogo deve ser instaurado para determinar que os órgãos competentes (Conitec e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito. Quando o magistrado deferir o pedido judicial de fornecimento do fármaco, deverá intimar a Conitec a apresentar parecer a respeito da incorporação ou não do fármaco pleiteado pelo SUS. A partir desse procedimento será possível fazer com que a judicialização efetivamente contribua para o aperfeiçoamento do sistema de saúde, para a garantia da isonomia e da universalidade no atendimento a população e mesmo para a desjudicialização da assistência farmacêutica. Isso porque, de um lado, caso o Ministério da Saúde, a partir da manifestação da Conitec, decida pela não incorporação no âmbito do SUS do medicamento deferido em juízo para um paciente, as demandas judiciais subsequentes não irão preencher o requisito da inexistência de decisão expressa desfavorável a incorporação da tecnologia pelo sistema de saúde. De outro lado, na eventualidade de o Ministério da Saúde, baseado no relatório da Conitec, manifestar-se por incorporar a tecnologia objeto da decisão judicial, todos os demais pacientes na mesma situação terão garantido o acesso ao medicamento pela via administrativa. Em ambos os casos, reduz-se de forma significativa a tendência de judicialização do fornecimento de medicamentos e contribui-se para o aprimoramento do próprio sistema de saúde. (RE n. 566.471, parágrafo 72, grifos meus)

• • •

36 RE n. 566.471, item 69.

Dois problemas se anunciam. O primeiro se refere ao conceito de risco de vida, cuja definição é complexa e controversa e dará certamente margem a discussões.<sup>37</sup> O segundo se refere ao papel da Conitec. Como vimos, esse órgão foi criado para empreender análises e emitir pareceres que auxiliem o Ministério da Saúde na difícil tarefa de decidir que tratamentos entrarão (serão incorporados) e quais ficarão de fora do pacote ofertado pelo sistema público de saúde. Em ambiente não judicializado, essa tarefa é realizada de acordo com as prioridades e planejamento do sistema público e dentro dos prazos legais. Com a judicialização e a distinção proposta no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a Conitec será constantemente chamada a prestar informações em processos judiciais fora de seu cronograma e de suas normas procedimentais habituais. Isso vai sem dúvida gerar dificuldades administrativas à Conitec na organização de sua agenda de análises, pois haverá pressão para avaliar medicamentos *sub judice* antes de outros que já estiverem na agenda ordinária, que poderão por consequência atrasar e entrar em “mora irrazoável”. A judicialização pode inclusive se tornar uma estratégia de demandantes e outros interessados (como a indústria farmacêutica) para “furar a fila” da Conitec.<sup>38</sup>

É certo que os requisitos cumulativos sugeridos no voto do Ministro Luís Roberto Barroso vão diminuir bastante os pedidos atualmente concedidos, como o da insulina análoga já citado, mas poderão criar dificuldades administrativas e distorções no trabalho da Conitec que não são triviais. Os requisitos adicionais 1 e 2 anteriormente sugeridos poderão diminuir (sem eliminar) esses problemas. O requisito 3 poderia também auxiliar desde que se colocasse o ônus de sua prova nos ombros do demandante e não da Conitec e do Ministério da Saúde.<sup>39</sup>

...

<sup>37</sup> Para uma boa recente discussão sobre as dificuldades de se operacionalizar esse critério, ver: BARRA, Mathias; BROQVIST, Mari; GUSTAVSSON, Erik *et al.* Severity as a priority setting criterion: setting a challenging research agenda. *Health Care Anal*, 2019.

<sup>38</sup> A mera instituição da Conitec já resultou, aliás, em distorções nas prioridades de análise de incorporação de medicamentos, como ressalta Fabíola Sulpino Vieira em recente publicação: “Por sua vez, como a Conitec atua sob demanda, o volume de solicitações originárias das indústrias farmacêuticas pode sobrecarregar a comissão e sobrepor os interesses do mercado às prioridades da política de saúde no país. No período de 2012 a 2015, apenas 11% das recomendações quanto às tecnologias avaliadas pela comissão estavam relacionadas a doenças da pobreza, enquanto 79% eram destinadas a doenças globais não transmissíveis e 10%, a doenças globais transmissíveis (Santana, Lupatini e Leite, 2017)”. VIEIRA, Fabíola Sulpino. Desafios do Estado quanto à incorporação de medicamentos no Sistema Único de Saúde. *Texto para discussão n. 2500*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2019, p. 15. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2500.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2500.pdf). Acesso em: 09 out. 2019.

<sup>39</sup> Imagine-se um caso de um medicamento pendente de decisão de incorporação, e fora do prazo (i.e., em “mora irrazoável”), no qual o paciente demonstrasse, com evidências como a incorporação em outros países e pareceres técnicos de que os requisitos de custo-efetividade e impacto orçamentário que a Conitec utiliza estivessem presentes.

### 2.3. REQUISITOS DA HIPOSSUFICIÊNCIA E DA PROPOSITURA DA AÇÃO CONTRA A UNIÃO

Nesta seção comento os dois requisitos comuns a ambas as teses (segundo os votos do Ministro Luís Roberto Barroso) que não são diretamente relacionados ao conteúdo das demandas:

- a. comprovação de ausência de recursos pelo demandante (hipossuficiência) e
- b. propositura da ação em face da União Federal.

#### A. AUSÊNCIA DE RECURSOS (HIPOSSUFICIÊNCIA)

Tanto no RE n. 657.718 como no RE n. 566.471 o voto do Ministro Luís Roberto Barroso inclui como requisito essencial para a concessão judicial do medicamento sem registro ou não incorporado ao SUS a chamada *hipossuficiência* do demandante. A hipossuficiência é definida como a incapacidade de “arcar com o fármaco sem inviabilizar o atendimento de outras necessidades essenciais” (RE n. 566.471, parágrafo 49).

Tal restrição me parece problemática por dois motivos principais. Em primeiro lugar, contraria o princípio da *universalidade* do direito à saúde, impondo uma limitação a esse direito que a Constituição não prevê. Além disso, a definição de hipossuficiência é extremamente vaga, o que gerará, fatalmente, complexidade em sua comprovação e subjetividade em sua implementação. O resultado inevitável, como a experiência demonstra, será inconsistência e o tratamento desigual entre demandantes em situação similar.

Quanto à violação do princípio da universalidade, o Ministro Luís Roberto Barroso antecipou o questionamento e buscou respondê-lo da seguinte maneira:

Muito embora o SUS tenha caráter universal, a universalidade apenas pode alcançar aqueles medicamentos incluídos na política pública de saúde definida pelo gestor federal do SUS, jamais aqueles cujo fornecimento depende de uma determinação judicial. Nesse sentido, a limitação da distribuição gratuita de fármacos via Poder Judiciário àqueles requerentes que forem comprovadamente hipossuficientes, longe de frustrar a universalidade, confere efetividade à exigência de solidariedade social e permite a redução do impacto da judicialização de saúde na organização do sistema de saúde. (RE n. 657.718, parágrafo 49)<sup>40</sup>

Há na verdade dois argumentos nesse único parágrafo, sendo necessário separá-los para melhor compreendê-los e analisá-los. O *primeiro* é o de que o princípio da universalidade não se aplicaria aos medicamentos fornecidos mediante decisão judicial, mas apenas aos incluídos na política de saúde pelo gestor do SUS. O ministro não chega a apontar o fun-

...

<sup>40</sup> Texto quase idêntico é repetido no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 566.718, parágrafo 47.

damento jurídico dessa suposta distinção. A meu ver, ele não existe. Ora, o que é universal é o direito à saúde, e por consequência o acesso a esse direito, e ao sistema de saúde que o concretiza, seja qual for sua via, administrativa ou judicial.

Limitar o direito de acesso a medicamentos via judicial aos demandantes hipossuficientes é contrariar frontalmente o princípio da universalidade e, de modo paradoxal, também o do acesso à Justiça. Ou o direito à saúde foi violado e deve ser judicialmente concedido, não importando quem seja o demandante e qual seja sua condição financeira; ou o direito à saúde não foi violado, e o pedido deve ser negado, seja quem for o demandante.

Compreende-se perfeitamente, é claro, a preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso com a *sustentabilidade* do sistema e a *solidariedade social*, enfatizados no segundo argumento do parágrafo citado.<sup>41</sup> Como reiteramos diversas vezes, este é um dos principais problemas da jurisprudência dominante. Todavia, não é contrariando o princípio constitucional da universalidade que se resolve esse problema. A sustentabilidade e a solidariedade social se alcançam por meio da correta interpretação do direito à saúde como um direito de todos ao mesmo pacote necessariamente limitado de ações e serviços, isto é, complementando-se o princípio da universalidade com o da equidade (acesso igualitário), exatamente como dispõe o artigo 196 da Constituição (grifos meus):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como bem apontado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, o principal inimigo da sustentabilidade é o modelo do “tudo para todos” que vigorou nas duas últimas décadas.<sup>42</sup> Contudo, o problema está no “tudo”, e não no “todos”, mesmo porque o “todos” nunca foi realmente toda a população, mas somente aqueles com acesso ao Judiciário, uma minoria em nosso país.<sup>43</sup>

• • •

<sup>41</sup> No voto do RE n. 566.718, o ministro busca reforçar esse argumento com o seguinte trecho: Como apontou Cláudio Pereira de Souza Neto, “[s]e os recursos são escassos, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres”, de modo que “[s]e o indivíduo é capaz de arcar com os custos da prestação com recursos próprios, não pode exigi-la do Estado perante o Judiciário” (RE n. 566.471, parágrafo 47). Como sustento no texto, o argumento não é forte.

<sup>42</sup> Conforme enfatizado também pelo Ministro Luís Roberto Barroso: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todas as pessoas” (RE n. 566.471, parágrafo 47).

<sup>43</sup> Ver: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Health inequalities, rights and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating the right to health: can*

Resolve-se o problema da sustentabilidade com o modelo do *acesso igualitário a todos* (universalidade) *àquilo que o sistema pode oferecer dentro de seus recursos limitados*, e não com a limitação do acesso, seja via administrativa seja via judicial, aos mais pobres. A questão da solidariedade social se resolve com a universalização pelo sistema público das ações e serviços essenciais e prioritários, que beneficiam automaticamente os mais pobres, pois estes não têm recursos para adquiri-los no setor privado, como fazem os mais ricos.

Além disso, mesmo que o critério da hipossuficiência não violasse o princípio da universalidade, o fato é que dificilmente traria os benefícios imaginados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, de incremento da sustentabilidade e solidariedade da judicialização. Isso porque, como a experiência com o critério da hipossuficiência em outros campos demonstra, a implementação objetiva e consistente desse critério é extremamente difícil, para não se dizer praticamente impossível.

O sistema judicial brasileiro enfrenta esse problema há muito tempo, não só na judicialização da saúde mas na questão do acesso à Justiça, em que o critério da hipossuficiência é usado, por exemplo, na concessão da chamada Justiça Gratuita e no acesso aos serviços da Defensoria Pública.

Critérios objetivos de hipossuficiência, como determinada renda (dois, três salários mínimos, etc.), mostraram-se inadequados por vários motivos. Em primeiro lugar, porque a comprovação da renda em um país com tanta informalidade e sonegação não é algo simples. Em segundo lugar, porque baixa renda e hipossuficiência não são equivalentes. Hipossuficiência é um conceito relativo: a incapacidade financeira do indivíduo para arcar com certa despesa (de saúde, de serviços jurídicos, de custas judiciais) sem prejuízo de outras necessidades básicas. Indivíduos com a mesma renda terão inevitavelmente capacidades financeiras diversas de acordo com uma série de fatores circunstanciais, como o número de dependentes, características particulares de suas necessidades e seus respectivos custos, prudência na administração de sua renda e bens, além de inúmeros outros fatores. Ou seja, o critério da hipossuficiência é praticamente impossível de se implementar, pois as informações necessárias para tanto são de acesso difícil, extremamente intrusivo da privacidade do indivíduo e de interpretação extremamente subjetiva.

Diante dessas dificuldades, o que se vê no campo da Justiça Gratuita e da Defensoria Pública são presunções frequentes de hipossuficiência baseadas em meras declarações do indivíduo ou, quando da imposição de critérios objetivos de renda, conexão arbitrária entre renda e hipossuficiência e geração de inconsistências e desigualdades entre litigantes.

...

courts bring more justice to health systems? Harvard University Press, 2011. Ver, também: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights, An International Journal*, v. 11, n. 2, 2009.

*Há dois fortes motivos, portanto, para não se incluir entre os requisitos da concessão judicial de medicamentos a hipossuficiência do demandante, a saber: (1) a contrariedade ao princípio constitucional da universalidade e (2) a impossibilidade de sua aplicação objetiva, consistente e isonômica.*

#### B. UNIÃO COMO RÉ NECESSÁRIA

O segundo requisito não relacionado diretamente ao conteúdo da demanda é que todas as ações que versarem sobre medicamentos não registrados e não incorporados tenham necessariamente a União como ré e sejam, conseqüentemente, processadas e julgadas na Justiça Federal.

Em relação aos medicamentos sem registro na Anvisa, o argumento me parece correto, já que o principal requisito para a concessão da demanda é a mora irrazoável daquele órgão e, como bem apontado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, sendo “autarquia federal sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde [...] não se pode permitir que Estados e Municípios (entes federativos que não são responsáveis pelo registro de medicamentos) sejam condenados a custear tais prestações de saúde quando eles não têm responsabilidade pela mora da Agência, nem têm a possibilidade de saná-la” (RE n. 657.718, parágrafo 50).

Já no caso dos medicamentos não incorporados, porém, a questão não é tão simples. Na fundamentação de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso argumenta, na mesma linha do voto no RE n. 657.718, que “somente a União, nos termos da Lei 8.080/1990, tem a possibilidade de decidir pela incorporação ou não de uma nova tecnologia em saúde, por meio da Conitec e do Ministério da Saúde” (RE n. 566.471, parágrafo 64). Entretanto, isso não é inteiramente correto. Estados e municípios brasileiros também têm a possibilidade de incorporar medicamentos. É isso que gera as *listas regionais*, isto é, as relações estaduais e municipais de medicamentos que complementam a relação nacional (a Rename) para adaptá-la ao perfil epidemiológico e as necessidades locais.<sup>44</sup> O fundamento legal dessa atribuição dos gestores estaduais e municipais encontra-se na própria Lei n. 8.080/1990, no artigo 19-P (grifos meus):

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

...

<sup>44</sup> No âmbito estadual não há nome consolidado para essas listas complementares. No Espírito Santo, usa-se a sigla Rememe (<https://farmaciacidade.es.gov.br/rememe>); em Pernambuco, usa-se REESME-PE (<http://www.farmacia.pe.gov.br/medicamentos>); em São Paulo e Rio de Janeiro, usa-se apenas o título por extenso, Relação Estadual de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (ver, para o estado de São Paulo: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/assistencia-farmaceutica/medicamentos-dos-componentes-da-assistencia-farmaceutica/medicamentos-do-componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica/relacao-estadual-de-medicamentos-do-componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica>). No âmbito municipal, as listas complementares são chamadas de Relações de Medicamentos Municipais (Remume).

- I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;
- II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, **de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS**, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;
- III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, **com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS**, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Talvez não seja de todo adequado, portanto, eliminar-se por completo a legitimidade passiva de estados e municípios em ações que pleiteiem medicamentos não incorporados. Melhor seria que a legitimidade passiva fosse determinada de acordo com a repartição de competências firmadas entre os três entes nas Comissões Intergestores Tripartite, Bipartite e nos Conselhos Municipais de Saúde, conforme estabelecido na Lei n. 8.080/1990, que organiza o SUS.

Não foi exatamente isso o que foi decidido no julgamento recente do RE n. 855.178 (Tema 793) sobre a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.<sup>45</sup> Naquele recurso, firmou-se tese confirmando que a responsabilidade é solidária, mas que o Judiciário, ao condenar solidariamente entes federados, promoverá o *direcionamento do cumprimento* da eventual condenação ao ente cuja responsabilidade estiver expressa nas regras de repartição de competência. Determinou-se ainda o direito de ressarcimento de ente que tenha eventualmente suportado o ônus financeiro em desacordo com essas regras.<sup>46</sup> Seria melhor, a meu ver, que essa questão fosse resolvida já no âmbito da averiguação da legitimidade passiva, evitando-se, assim, os transtornos administrativos e financeiros muitas vezes gerados pela judicialização, em especial nos municípios menores e com recursos mais limitados.

...

<sup>45</sup> A questão se põe em decorrência de dois artigos da Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” e “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>46</sup> “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE n. 855.178, Tema 793).

### 3. SUMÁRIO DOS ARGUMENTOS E CONCLUSÃO

Os Recursos Extraordinários n. 657.718 e n. 566.471, que versam respectivamente sobre a concessão judicial de medicamentos experimentais e sem registro na Anvisa e medicamentos de alto custo, representam uma excelente oportunidade de se equacionar definitivamente os efeitos mais nocivos da chamada judicialização da saúde no Brasil.

A concessão judicial indiscriminada desses medicamentos nas últimas duas décadas vem causando significativos problemas ao sistema público de saúde brasileiro, afetando sua *segurança, eficácia, racionalidade, sustentabilidade* e, sobretudo, *equidade*. Preciosos recursos de um orçamento severamente limitado são alocados todos os anos não por decisões planejadas e sistêmicas com base em princípios consolidados de saúde pública, mas, sim, por atos individuais de juízes apoiados em uma simples prescrição médica e em interpretação discutível do direito constitucional à saúde (art. 196) como um “direito a tudo” que estiver disponível no mercado (ou até mesmo apenas em pesquisas) e puder de alguma maneira beneficiar a saúde do demandante.

É urgente, portanto, que esse modelo problemático de judicialização seja reformado. Como defendi neste texto, a tese do STF já firmada no RE n. 657.718 e a tese proposta no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 566.471 (a ser ainda julgado pelo STF) representam já um grande passo na direção correta, mas poderiam ser aprimoradas para gerar resultados ainda mais positivos e abrangentes, conforme as sugestões defendidas anteriormente neste texto, que repito de modo resumido a seguir.

1. A tese do RE n. 657.718 (medicamentos sem registro) vai acabar de vez com a concessão de medicamentos experimentais e reduzir significativamente a concessão de medicamentos sem registro.

2. A tese proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 566.471 (medicamentos não incorporados) vai, se confirmada pelo plenário, impedir a concessão de medicamentos avaliados e rejeitados (i.e., não incorporados) pelo Ministério da Saúde (com apoio da Conitec) e de medicamentos com substituto terapêutico incorporado ao SUS.

3. O cenário é, portanto, positivo, sobretudo se comparado ao modelo brasileiro de judicialização que vigorou nas últimas duas décadas apoiado na jurisprudência dominante do direito à saúde como um “direito a tudo”. Estudos sobre a judicialização demonstram que aqueles casos representam uma grande parcela da judicialização e de seus elevados custos.<sup>47</sup>

...

<sup>47</sup> Ver: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Health as a human right*, Capítulo 6 e Capítulo 7.

4. No entanto, poderíamos avançar ainda mais, a meu ver, no objetivo de equacionar definitivamente a judicialização, esclarecendo e complementando o trabalho feito até aqui da seguinte maneira:

a. É preciso deixar claro que os quatro requisitos da tese do RE n. 657.718 (mora no registro, pedido de registro no Brasil, registro em agência renomada no exterior e ausência de substituto terapêutico) são necessários mas não *suficientes* para a concessão de medicamento sem registro. Além desses requisitos, precisam estar também presentes evidências de que o medicamento em mora de registro cumpra os requisitos de incorporação previstos na Lei n. 12.401/2012, sem os quais não há obrigação do Estado de fornecê-lo. Do contrário restará uma lacuna temporal, que pode ser bastante longa, dentro da qual um medicamento sem registro continuará a ser concedido judicialmente mesmo descumprindo os critérios essenciais de incorporação relacionados à avaliação econômica (custo-efetividade e impacto orçamentário).

b. Pelas mesmas razões, a tese que vier eventualmente a ser firmada no RE n. 566.471 para medicamentos não incorporados deveria incluir *três requisitos adicionais* àqueles propostos pelo Ministro Luís Roberto Barroso no que toca exclusivamente ao objeto da demanda.<sup>48</sup> Para lembrar, na tese proposta pelo respectivo ministro há, no momento, os seguintes três requisitos: (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, e (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências.

Esses três requisitos são *necessários* e fundamentais para o equacionamento de grande parte da judicialização nociva ao sistema de saúde, mas não são *suficientes* para justificar a obrigação do Estado de fornecer medicamento não incorporado. Para tanto, a meu ver, é necessário incluir os seguintes requisitos adicionais e cumulativos na tese do RE n. 566.471:

**Requisito adicional 1:**

Existência de pedido de incorporação do medicamento no Ministério da Saúde (Conitec).

**Requisito adicional 2:**

Existência de mora irrazoável do Ministério da Saúde em apreciar o pedido de incorporação do medicamento (prazo superior ao previsto na Lei n. 12.401/2012).

...

<sup>48</sup> Há ainda, lembre-se, dois requisitos não relacionados diretamente ao objeto da demanda, a saber, (1) a hipossuficiência do demandante e (2) a legitimidade passiva obrigatória da União.

**Requisito adicional 3:**

Demonstração de que os requisitos de incorporação estabelecidos na Lei n. 12.401/2012 estejam presentes.

c. O requisito da hipossuficiência do demandante, além de contrariar o princípio da universalidade do direito à saúde, é praticamente impossível de ser implementado de maneira objetiva e isonômica. Além disso, os objetivos apontados no voto do Ministro Luís Roberto Barroso para justificar esse requisito, quais sejam, a sustentabilidade e a solidariedade social do sistema público de saúde, podem ser alcançados mediante a aplicação adequada do princípio da equidade e sem prejuízo da universalidade.

d. A restrição da legitimidade passiva à União é adequada no caso dos medicamentos sem registro (RE n. 657.718). Nos casos de medicamentos não incorporados (RE n. 566.471), porém, em virtude da competência legal de estados e municípios para a incorporação de medicamentos (art. 19-M da Lei n. 8.080/1990), melhor seria determinar a legitimidade segundo a repartição de competência do próprio sistema público de saúde, isto é, medicamentos básicos (municípios e União), medicamentos excepcionais (estado e União) e medicamentos estratégicos (União).

Como fica claro na discussão desenvolvida neste texto, não se trata de questão simples formular e implementar requisitos apropriados para a concessão judicial de medicamentos com fundamento no direito à saúde do artigo 196 da Constituição Federal. Isso é decorrência direta da complexidade do próprio direito à saúde, cujo conteúdo depende, como vimos, de processos decisórios extremamente complexos de avaliação da segurança e da eficácia das tecnologias da saúde, bem como de alocação de recursos escassos à luz dos princípios da sustentabilidade e da equidade.

Daí talvez, em parte, a atração da jurisprudência do “direito a tudo”, pois ela elimina todas essas dificuldades concedendo todo e qualquer tratamento mediante simples prescrição médica. Como no mundo real o “direito a tudo” só pode ser conferido a uma minoria que tem acesso ao Judiciário, afetando a segurança, a eficácia, a racionalidade, a sustentabilidade e a equidade do sistema público, essa jurisprudência precisa ser urgentemente reformada.

**AGRADECIMENTOS**

*O autor agradece aos comentários de todos os participantes do Workshop de Pesquisa do Insper, ocorrido em setembro de 2019, em especial à Natália Pires e ao Diego Werneck Arguelhes.*

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>.

*Octávio Luiz Motta Ferraz*

PROFESSOR DE DIREITO PÚBLICO NO KING'S COLLEGE DE LONDRES, CODIRETOR DO TRANSNATIONAL LAW INSTITUTE E PROFESSOR VISITANTE DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). FOI ASSESSOR SÊNIOR DE PESQUISA DO RELATOR DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) PARA O DIREITO À SAÚDE E CONSULTOR DO BANCO MUNDIAL.

*octavio.ferraz@kcl.ac.uk*

**1** Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0003-3092-9040>

**2** Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0001-9899-2834>

**3** Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0002-1329-4074>



# O *merchandising* das denominações e dos símbolos de agremiações desportivas de futebol diante do direito de marcas

THE MERCHANDISING OF THE NAMES AND SYMBOLS OF THE SOCCER CORPORATIONS IN FACE OF THE TRADEMARK RIGHTS

Patricia Pereira Peralta<sup>1</sup>, Elizabeth Ferreira da Silva<sup>2</sup> e Elaine Vianna Saraiva<sup>3</sup>

## Resumo

Este trabalho visa a discutir se o uso do sistema de proteção à marca pelas agremiações desportivas de futebol revela-se como a forma mais eficiente diante do disposto na Lei n. 9.615/1998 (Lei Pelé), tendo como base o encontrado na literatura sobre *merchandising* de marcas, direitos de personalidade e direitos de autor. Para tanto, realizou-se um levantamento do uso do sistema de marcas por cinco agremiações desportivas de futebol, a partir de um recorte que teve como norteador o *ranking* dos clubes de futebol do Campeonato Brasileiro de 2018 da Confederação Brasileira de Futebol (CBF). De modo a realizar o levantamento sobre o uso do sistema de marcas, foram utilizadas as bases de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e da TM View. Do material levantado, destaca-se o fato de as agremiações desportivas estarem utilizando o sistema de proteção à marca para suas denominações. Todavia, entende-se não ser esta a melhor estratégia, tendo em vista a problematização realizada na literatura sobre *merchandising* a partir de uma discussão reflexiva sobre a proteção conferida à marca pelo direito de propriedade industrial, contraposto à proteção conferida às denominações pela Lei Pelé. Conclui-se que a opção pela proteção por marcas pode não ser, de fato, a mais eficiente, uma vez que a Lei Pelé garante a propriedade das denominações das agremiações desportivas, permitindo que sejam licenciadas sem maiores ônus a seus titulares.

## Palavras-chave

Agremiações de futebol; denominações; marcas; *merchandising*; propriedade industrial.

## Abstract

*This study intends to discuss if the use of a trademark protection system by soccer corporations is the most effective mechanism given Pelé Law (Law n. 9.615/1998) perspective, considering literature findings about trademark merchandising, personality rights and author's rights. For that purpose, it was investigated the use of a trademark system by the top five soccer corporations during Brazilian championship in 2018, according to Brazilian Soccer Confederation (CBF). The data was extracted from TM View database and from trademark database at National Institute of Industrial Property (INPI). From a critical reflexive discussion, the study focus on the controversial use of sportive designations as trademark under industrial property law protection in contrast to under Pelé Law protection approach. The conclusion reveals that trademark protection may not be the most strategic option in fact and, therefore, efficient, due to perspective granted by Pelé Law to support the*

*exploration of business model based on licensing agreements and merchandising of designations of sportive corporations.*

**Keywords**

*Soccer corporations; names; trademark; merchandising; industrial property.*

## INTRODUÇÃO

A marca é considerada um dos patrimônios mais valorizados das empresas. Seu surgimento aponta para o nascimento e posterior aumento das trocas comerciais. Utilizadas como um instrumento de identificação e diferenciação de produtos ou da prestação de serviços, as marcas passaram a ser protegidas por diminuírem as assimetrias de informação entre produtores e consumidores (RAMELLO, 2006), tornando as relações consumeristas mais transparentes.

Destarte, pode-se definir a marca como um sinal que identifica e distingue produtos ou serviços dos de concorrentes, permitindo ao consumidor escolher aqueles que mais o agradam de maneira otimizada e sem incorrer em erros ou confusões.

Marcas são consideradas bens imateriais, sendo protegidas por direitos de propriedade industrial.<sup>1</sup> Não sem celeumas, elas foram inseridas como bens protegidos no que se convencionou denominar, a partir do século XIX, como sistema de propriedade intelectual.<sup>2</sup> Todavia, uma revisão teórica sobre a temática, conforme a realizada por Cerqueira (1982), expõe a dificuldade de encontrar, entre as categorias do direito (direito das obrigações, direito de propriedade e direito de personalidade), a melhor para a inserção das marcas, bem como das patentes, dos desenhos industriais e dos direitos autorais. O civilista José de Oliveira Ascensão, que se posiciona contra a inserção de tais bens imateriais dentro do direito de propriedade, aponta ter sido a escolha mais ideológica do que técnica: “Mas a qualificação nasceu no final do séc. XVIII e continua a existir com a clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade” (ASCENSÃO, 2001, p. 126).

A discussão acerca da natureza jurídica da marca enveredou pelo século XX e, ainda na atualidade, encontra-se aberta, com autores que defendem a qualificação como propriedade

...

1 Os direitos de propriedade industrial (DPI) – enquanto um conjunto que reúne as patentes, as marcas, os desenhos industriais e as indicações geográficas – possuem uma trajetória de pouco mais de um século. Ao longo do século XX, ocorreu grande intensificação na proteção e na expansão dessa proteção conferida pelos DPI, em função de pressões de grandes grupos econômicos. Portanto, tais direitos revestem-se, hodiernamente, em matéria de substancial importância para as discussões e reflexões de diversos campos do conhecimento.

2 A propriedade intelectual, segundo Barbosa (2003), inclui a propriedade industrial e os direitos autorais.

imaterial;<sup>3</sup> outros, como uma espécie de propriedade *sui generis*;<sup>4</sup> outros, como um direito de exclusivo;<sup>5</sup> entre outras qualificações não passíveis de serem discutidas aqui em função do escopo deste artigo.

A marca, em si, é um bem multidisciplinar. Todavia, revela-se instigante que tenha sido abordada por um nicho teórico do direito, como é o campo da propriedade intelectual, e discutida com menor relevância em outras ramificações do campo de produção de conhecimento jurídico, como ocorre com o direito civil, o direito comercial, o direito das relações internacionais, etc.

Longe das discussões infundadas sobre a natureza jurídica da marca, a proteção dada a ela, à luz da propriedade industrial, traduz-se, para fins de compreensão da discussão que se segue, no uso exclusivo do sinal para destacar, no âmbito da atividade econômica de seus titulares, produtos ou serviços, visando distingui-los de outros idênticos, semelhantes ou afins.

Por ser a marca vista como um direito de propriedade, cabe a seu proprietário zelar por tal direito e explorá-lo, de modo a potencializar seu valor. Assim, a marca pode ser por ele explorada, licenciada e cedida, indicando o seu potencial de ativo intangível de valor para as relações mercadológicas atuais. A própria Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996), aplicada no Brasil, garante que a marca pode ser cedida e licenciada dentro do contexto de proteção garantido a ela.

Exatamente pelo potencial econômico que a marca possui hodiernamente, vários tipos de sinais passaram a ser explorados como marcas, cumprindo as funções que essa tem no mercado. Isso vem ocorrendo com os nomes de personalidades, com os nomes de personagens de obras de ficção e com as denominações das agremiações desportivas, mais especificamente, dos times de futebol, que são o objeto deste artigo.

No caso dos nomes de personalidades, títulos de obras literárias ou artísticas e nomes de personagens, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), cujo acrônimo em inglês é WIPO,<sup>6</sup> criou as expressões *personality merchandising* e *character merchandising*.

...

3 Cerqueira (1982) revela-se um dos autores a defender esse posicionamento.

4 José Roberto da Fonseca Gusmão (1987 e 1989), entre nós, é um dos defensores dessa abordagem.

5 José de Oliveira Ascensão, ferrenho crítico da classificação como propriedade, defende serem os direitos de propriedade intelectual direitos de exclusivo (2001) e até mesmo uma pretensa “propriedade” (2007a). Acrescenta o autor que há sempre na base da concessão de direitos de exclusivo um interesse público, conforme disposto na seguinte citação: “Os sinais distintivos do comércio têm uma função primordial, que é justamente a de elucidar o público, permitindo-lhe distinguir elementos do mundo dos negócios e não ser induzido em erro. Há por isso um interesse público que justifica a concessão. Só graças a esse interesse público são admitidos. Doutra maneira a outorga desses direitos sobre os sinais seria intolerável, porque contém a carga negativa de ser exclusivos, criando situações de monopólio na vida comercial” (ASCENSÃO, 2007b, p. 11).

6 Um dos documentos da OMPI/WIPO que podem ser consultados sobre o tema encontra-se no endereço eletrônico: [http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo\\_inf\\_108.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

Tais expressões servem para categorizar formas de exploração, como marca, de sinais que possuem função primária distinta daquela da marca, qual seja, identificação e diferenciação<sup>7</sup> de produtos e serviços.<sup>8</sup> Não há uma categoria detectada para as denominações<sup>9</sup> de agremiações desportivas ou de times de futebol, bem como de outros esportes, apesar de a exploração de tais denominações como marca já ser uma realidade que pode ser constatada em uma simples busca pelo Google acadêmico, utilizando-se como palavras-chave: *football and brand*.

Segundo Lucena e Casaca (2013), o fenômeno de construção de um capital de marca forte – gerando maior fidelização e, por consequência, aumento de receitas adicionais por meio da venda de bens e serviços para além do evento desportivo – assemelha-se ao que acontece em outras indústrias, como as do cinema e da música. Ou seja, o mesmo fenômeno que envolve, por exemplo, o *character merchandising* pode ser encontrado no mundo do futebol como uma forma de “irradiação econômica” (IDS, 2005), em que a atividade principal desportiva torna-se apenas um dos empreendimentos economicamente desenvolvidos e gerenciados pelos investidores e empreendedores desse ramo.

Diante da relevância do uso de denominações do mundo do esporte como elementos de identificação e diferenciação, isto é, para além daquilo para o qual esses mesmos elementos foram criados, este artigo tem por objetivo analisar criticamente se esse tipo de uso como marca seria a melhor estratégia, levando em conta o disposto na legislação que protege as denominações dos times, a Lei n. 9.615/1998, conhecida como Lei Pelé.

A hipótese aqui levantada é de que o emprego do sistema de marcas pelas “entidades de administração do desporto” (BRASIL, 1998) seria desnecessário, o que será avaliado por meio da discussão empreendida pela literatura, aliada a alguns dados obtidos sobre depósitos de marcas, bem como ao disposto nos diplomas legais afetos ao tema deste artigo.

De modo a possibilitar a discussão crítica da temática, o artigo está estruturado da seguinte forma: em um primeiro tópico abordar-se-á a marca como um direito de propriedade industrial, expondo a necessidade de protegê-la para sua efetiva e eficaz exploração, além de apontar os pontos caracterizadores de tal proteção.

...

7 Destaca-se o trabalho de Carvalho (2003) para o entendimento do que vem a ser chamado *character merchandising* e *personality merchandising*.

8 Também em José de Oliveira Ascensão encontra-se a categorização dos sinais distintivos separados pela função que cumprem. Assim, manifesta-se o citado autor: “[...] a marca distingue séries, não caracteriza indivíduos [...]. Com isto a marca contrapõe a outros sinais distintivos do comércio, que assentam justamente na individualidade. O nome de estabelecimento ou a insígnia, por exemplo, não são marcas: a lei aponta-os como identificando um estabelecimento concreto, não uma pluralidade de estabelecimentos” (ASCENSÃO, 2007b, p. 7).

9 Utilizar-se-á, neste artigo, o termo denominações, por ser o mesmo constante na Lei Pelé, Lei n. 9.615/1998, para indicar os nomes dos times de futebol, conforme pode ser conferido em seu artigo 87 (BRASIL, 1998).

Acrescentar-se-ão referências ao fenômeno do *branding* e de como as denominações dos times de futebol vêm se utilizando das práticas de gestão de marcas para equacionar suas denominações às funções de marcas, inclusive apresentando algumas informações sobre o uso do sistema de marcas por tais times, o que ratifica o entendimento de que tais denominações podem e até mesmo estão se tornando marcas.

Na sequência, serão expostas e problematizadas as noções jurídicas sobre os tipos de *merchandising*, quais sejam: de marcas, de personalidade e de direito de autor, que servirão de base para compreender que a ação das entidades administrativas do desporto não está muito distante daquilo que se poderia, a partir da analogia com os outros tipos de *merchandising*, denominar “*merchandising* de desportos”. A partir dessa problematização, procurar-se-á afirmar ou refutar a hipótese traçada, de modo a apresentar as conclusões deste artigo.

## I. MARCA COMO UMA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A marca é um dos bens protegidos por direitos de propriedade industrial. Assim, ela deverá atender a determinados requisitos, sendo, geralmente, submetida a um sistema de registro para poder ser considerada de uso exclusivo daquele que vier a requerê-la.

O principal desses requisitos é o da distintividade. A marca deve ser um sinal distintivo ou, como coloca Olavo (2005), um sinal distintivo do comércio.<sup>10</sup> Ainda segundo o autor, a marca e outros sinais distintivos vêm a ser protegidos por um direito absoluto, que confere a seu titular o uso exclusivo no âmbito da atividade empresarial. No caso das marcas, se poderia acrescentar que tal direito exclusivo é garantido apenas dentro da atividade para a qual elas são requeridas, ou seja, na identificação dos produtos e/ou serviços indicados pelo titular no momento da solicitação do sinal.

A proteção à marca atende aos interesses privados de seu titular de ter o uso exclusivo de seu sinal assegurado, assinalando e diferenciando os frutos da atividade empresarial sobre a qual esse titular investiu tempo e recursos. Todavia, a proteção a esse sinal não se dá em detrimento do interesse público. Como pontua Ascensão (2001, p. 1.206), a concessão da proteção à marca tem sua base no interesse público, qual seja, “[...] o de dar informação ao público em geral, permitindo-lhe distinguir uns produtos ou serviços de outros e evitando que seja induzido em erro [...]”.

A não concessão de sinais enganosos descortina-se como um dos pilares do direito de marcas, tendo como requisito de destaque a distintividade, pois sinais idênticos ou similares, para assinalar tais categorias de produtos e/ou serviços, podem levar o público ao erro ou ao engano. Contudo, a distintividade não é o único requisito. Soma-se a ela, por exemplo, a veracidade.

...

<sup>10</sup> “Sinais distintivos do comércio são, pois, os sinais individualizadores do empresário, do estabelecimento e dos respectivos produtos ou mercadorias; que conferem notoriedade à empresa e lhe permitem conquistar ou potenciar a sua clientela” (OLAVO, 2005, p. 24).

Esta se traduz como elemento necessário e obrigatório na constituição do sinal pleiteado como marca. Verifica-se, também, a necessidade de os sinais requeridos como marca serem lícitos, ou seja, não contrários à moral e aos bons costumes, e disponíveis – portanto, livres de outros impedimentos legais que digam respeito a direitos privados de terceiros.<sup>11</sup>

Destaca-se a existência de um rol de sinais que não podem vir a ser constituídos como marca, presentes em boa parte das legislações marcárias. Pode-se dividir esse rol em proibições absolutas e relativas, adotando a classificação presente no espanhol Fernandez-Nóvoa (2004) e no português Gonçalves (2003). Conforme este último autor, as proibições absolutas são aquelas que envolvem sinais que, em função de um interesse público, devem permanecer disponíveis (GONÇALVES, 2003).

O mesmo autor acrescenta serem as proibições relativas aquelas que impedem a constituição de sinais quando existem direitos privados de terceiros anteriormente constituídos (GONÇALVES, 2003), como ocorre nos casos de marcas registradas, direitos autorais, direitos de personalidade e, também, conforme será visto, em se tratando das denominações das agremiações de futebol. No caso das proibições relativas, diferentemente das absolutas, o sinal pleiteado como marca poderá ser concedido quando o detentor de direito anterior autorizar o requerente do sinal marcário a registrá-lo. Há uma relação entre entes privados que poderá ser definida contratualmente por um instrumento de cessão ou licença do objeto do direito anterior, seja este um direito autoral, de personalidade ou até mesmo das denominações das agremiações desportivas.

A proteção à marca cinge-se aos princípios da territorialidade e da especialidade. O primeiro especifica que a marca terá sua proteção garantida apenas no território no qual é requerida, enquanto o segundo limita a proteção à marca ao setor no qual a empresa que a requer tem seu escopo de atuação, ou seja, no setor que engloba os produtos ou serviços a serem por ela diferenciados.

Aos dois princípios, há exceções. À vista disso, surge a marca notoriamente conhecida como uma exceção ao princípio da territorialidade.<sup>12</sup> Tal marca tem garantida sua proteção independentemente de encontrar-se protegida no território no qual um terceiro possa vir a requerê-la em seu nome em detrimento do verdadeiro titular. Por seu turno, como exceção ao princípio da especialidade, surge a marca de alto renome que, uma vez reconhecida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), impede a constituição do registro de qualquer

...

11 Para um aprofundamento sobre os requisitos para que um sinal possa vir a ser marca, há certa constância. Assim, indicam-se as obras de Cerqueira (1982), Barbosa (2008), Moro (2003 e 2009), entre outros autores, que trabalham com a temática da marca enquanto um direito de propriedade industrial no direito brasileiro.

12 Para melhor compreensão da marca notoriamente conhecida no direito brasileiro, indicam-se os trabalhos de Moro (2003) e Morgado (2013).

outra marca em qualquer segmento de mercado.<sup>13</sup> Ambas as exceções aos princípios basilares do direito marcário têm sua base na proteção ao fenômeno da notoriedade pelo qual as marcas são acometidas em função dos investimentos maciços em marketing por parte de seus titulares.

As marcas têm diversas funções econômicas, mas nem todas são consideradas passíveis de proteção jurídica. Para fins desta, a doutrina se divide entre os que compreendem ser a função juridicamente protegida a de indicação de origem, como Olavo (2005), aqueles que defendem que a proteção recai sobre uma ressignificação da função distintiva, na qual a indicação de origem permanece atuante, como Gonçalves (1999), aqueles que afirmam convictamente ser a única função protegida juridicamente a distintiva, conforme Ascensão (2003), os que defendem uma função de qualidade exercida pela marca e protegida pelo direito, como McCarthy (1996), e aqueles que defendem serem protegidas tanto a função de origem quanto a de qualidade, como ocorre com Fernandez-Nóvoa (2004).

A marca, como os demais direitos de propriedade industrial, tem uma temporalidade definida – no caso do Brasil, é protegida por 10 anos. Diferentemente do que ocorre com os demais direitos de propriedade intelectual, no caso das marcas tal temporalidade pode ser renovada indefinidamente, mas tendo em vista o ônus do uso da marca no mercado por seu titular, de modo a evitar sua caducidade.<sup>14</sup>

Dessa maneira, outro ponto peculiar da proteção à marca advém de ela ser protegida em função de sua inserção no mercado, conforme dito anteriormente. Assim, não se dá a proteção a um sinal pelo simples desejo de seu titular; ela deve ser de fato utilizada para evitar a caducidade. Tal proteção é conferida, pois se entende que a marca será utilizada no mercado para fins de dirimir o risco de erro ou de confusão, diminuindo a assimetria de mercado e otimizando o processo de busca do consumidor pelo bem desejado. A proteção à marca está muito atrelada à atividade efetiva de seu titular, ou seja, à colocação de sua produção no mercado ou à disponibilização de um serviço a ser efetivamente prestado. No caso brasileiro, a Lei da Propriedade Industrial (LPI) (Lei n. 9.279/1996) estipula que o titular de uma marca deve exercer atividade efetiva e lícita, de acordo com o contido no artigo 128 (BRASIL, 1996). Há, portanto, uma tipificação daquele que pode vir a ser titular de uma marca.

...

13 Indicam-se também Moro (2003) e Morgado (2013) para o entendimento da figura da marca de alto renome no direito brasileiro.

14 A caducidade é uma das formas de se perder a marca por falta de uso. Ela está regulada por meio do artigo 143 da LPI, no qual se encontra: “[...] caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento: I - o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou II – o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal qual como constante do certificado de registro”. Contudo, no parágrafo 1º, caso o titular justifique o desuso da marca por razões legítimas, não haverá caducidade (BRASIL, 1996).

Por ser um direito, a marca pode ser cedida e licenciada por seu titular, fato que possibilita a potencialização de sua exploração econômica para além de sua função originária de distinguir produtos e/ou serviços indicando a origem deles. Nem sempre as marcas puderam ser objeto de transações econômicas independentemente do fundo de comércio (ou *azienda*) ao qual estavam atreladas.<sup>15</sup> Nos dias atuais, em função do valor assumido por tais sinais nas práticas mercadológicas, a marca passou a ser um bem em si, podendo ser cedida ou licenciada desvinculada do estabelecimento comercial, mas sempre dentro do segmento para o qual foi requerida, pois a propriedade do sinal está restrita ao segmento no qual ele foi requerido e concedido.

O sistema de proteção da marca possui uma trajetória extensa, conforme pode ser constatado em Cerqueira (1982), Gonçalves (1999), Moro (2003) e Serens (2007). Não obstante, a atual estruturação é fruto das mudanças ocorridas no século XIX, somadas às modificações concernentes à reestruturação das atividades produtivas e consumeristas do século XX.

Destarte, durante os dois últimos séculos, no máximo, esse sistema foi aperfeiçoado e reforçado para acompanhar a importância que a marca foi assumindo no mercado. Pode-se afirmar ser a marca, hodiernamente, um dos ativos mais importantes dentro do universo das empresas, muitas vezes representando valores bem mais expressivos quando eles são relacionados aos demais ativos tangíveis do empreendimento empresarial. A marca, enquanto um bem que pode ser explorado de maneira exclusiva por seu titular, converteu-se em uma das formas mais promissoras de potencializar negócios e agregar valor a eles.

Apesar de sua função ser indubitavelmente a de identificar e individualizar os produtos ou serviços para possibilitar e otimizar a compra, a marca vem assumindo outros papéis à medida que o contexto produtivo-comercial se transforma. Sua função econômica expressa bem essa transição, ou seja, da racionalidade e otimização conferida à comercialização e à circulação de mercadorias e, portanto, razão de sua proteção pelo direito de propriedade industrial, para a potencial agregação de valor ao negócio, o *goodwill*, como alguns autores o denominam (McCARTHY, 1996; FERNANDEZ-NÓVOA, 2004; BARBOSA, 2008).

O potencial das marcas nas relações comerciais e de negócios eclodiu na década de 1980, com o fenômeno do patrimônio da marca, em que esta, que é parte do ativo intangível, ultrapassa o valor dos ativos tangíveis das empresas. Nesse ponto, o poder da marca se encontra no potencial de alavancar outros negócios, por meio da geração de receitas vinculadas ao licenciamento do sinal ou até mesmo de sua cessão, estando, tais fenômenos, intrinsecamente relacionados ao processo de fidelização dos consumidores (AAKER, 1996; KAPFERER, 2003).

Mercadologicamente, a marca assume várias funções, as quais foram se sobrepondo à própria evolução e à transformação de seu uso ao longo do tempo, na dinâmica de mercado. Como

...

15 Gonçalves (1999) revela o quão problemática foi a desvinculação da marca do fundo de comércio ao longo do século XX, tendo em vista a função de origem por ela exercida.

já destacado, as funções distintiva, de indicação de origem e de qualidade são intrínsecas à própria razão de ser da existência do sinal e, nem por isso, pacificadas na doutrina, salvo a função distintiva (CESÁRIO e MORO, 2012).

A marca, enquanto signo, torna-se capaz de veicular uma série de informações, de rápida apreensão pelo consumidor, sobre os produtos ou serviços a ela vinculados, funcionando, basicamente, como um elemento fluido e volátil nas relações comerciais. Do aspecto informacional, a marca passa a comunicar seu conteúdo, assumindo, também, traços e características humanas, de modo a estabelecer elos afetivos e emocionais com o seu receptor, ou seja, o consumidor. Dessa maneira, a marca, um bem inanimado, passa a fazer parte do espaço social (SEMPRINI, 2006; KELLER e MACHADO, 2010), divulgando os bens nos quais está apostando e exercendo um poder sugestivo e atrativo que aumenta ainda mais o seu *goodwill*. O elo da comunicação estabelecido pela contínua geração de associações, que reforça os valores a serem posicionados na mente do consumidor, confere à marca seu poder sugestivo (KOTLER e KELLER, 2006; KELLER e MACHADO, 2010).

Assim, a marca, por si só, é capaz de exercer uma atratividade, independentemente do objeto que assinala, podendo servir de elemento persuasivo de compra e de satisfação de critérios não objetivos e não racionais (RAMELLO, 2006). Pode-se concluir que, na construção da identidade da marca e na gestão de sua imagem, subsiste uma das principais forças para entender o fenômeno do patrimônio da marca e o papel de sua função publicitária nos negócios.

Quanto às denominações das agremiações desportivas, percebe-se que elas vêm sendo utilizadas como marcas. No caso específico do setor desportivo do futebol, ele reestruturou-se após uma crise, na qual os clubes evoluíram a fim de potencializar o entretenimento esportivo para além das partidas de futebol, o que exigiu deles a gestão de seus ativos intangíveis, de modo que “*Brand has become a key element for this*”<sup>16</sup> (CALLEJO e FORCADELL, 2006, p. 61). De fato, o modelo de negócio do futebol foi alterado e contempla, além das receitas das bilheterias de jogos, a comercialização de direitos televisivos, o investimento de patrocinadores, as vendas de jogadores, a mensalidade dos sócios, os licenciamentos e outras práticas de gestão de marcas.

Atualmente, as agremiações desportivas de futebol<sup>17</sup> têm explorado as marcas constituídas por suas denominações desportivas. Nesse sentido, o clube Real Madrid desponta como

...

16 “A marca tem se tornado o elemento-chave para isso” (tradução livre das autoras).

17 O Real Madrid foi um dos primeiros clubes europeus a capitalizar os ganhos com seu *brand* com outras empresas para explorar esse ativo intangível além do mercado espanhol, segundo Callejo e Forcadell (2006, p. 58): “the brand development agreement includes the signal for the Real Madrid TV Channel, the local version of Web page, Real Madrid’s stores, and the exclusive sale of products licensed by club”.

uma experiência internacional de sucesso, contando com forte promoção da área de marketing, com vendas diretas e programa de licenciamentos. “The club has established a licensing program at national and international level for licensed products. [...] Real Madrid has more than 75 official licensees manufacturing more than 700 products of all types under the “Real Madrid” brand”<sup>18</sup> (CALLEJO e FORCADELL, 2006, p. 60).

No Brasil, essa nova estrutura foi significativamente impulsionada a partir da Lei Pelé, a qual possibilitou que os clubes alterassem a sua personalidade jurídica de agremiações desportivas sem fins lucrativos para sociedades civis com fins lucrativos, ou sociedades comerciais. Apesar de nem todos terem promovido tal alteração, os clubes perceberam o quanto seria rentável trabalhar a imagem de suas denominações desportivas como marca (ALBINO *et al.*, 2009).

A percepção de que as denominações desportivas poderiam funcionar como marca fez nascer, nas agremiações desportivas, o interesse pelo uso do sistema de proteção à marca. Dessa maneira, tais denominações passam a ser solicitadas junto ao INPI, conforme pode ser conferido na Tabela 1, a seguir, que expõe as cinco agremiações desportivas que mais utilizaram o sistema de proteção de suas designações pela propriedade industrial.

...

(Assim, o desenvolvimento de contrato de *brand* inclui o sinal para o canal de TV do Real Madrid, a versão local da página da web, as lojas do Real Madrid e a venda dos produtos licenciados pelos clubes – tradução livre das autoras). De acordo com o relatório *Winning in the Business of Sports* (A.T. Kearney Analysis, 2014), “for clubs, two major income sources (besides media) have not yet been maximized, particularly in Europe: marketing and ticketing. North American sports have already made huge leaps in selling stadium naming rights, developing sponsors, and improving merchandising in external markets” (Para os clubes, as duas maiores fontes de receita – além da mídia – não foram ainda maximizadas, particularmente na Europa: marketing e bilheteria. Os esportes norte-americanos já têm realizado altas vendas com “naming rights”, desenvolvimento de patrocínio e melhorias no *merchandising* do mercado externo – tradução livre das autoras).

18 “O clube tem estabelecido um programa de licenciamento nos níveis nacional e internacional para produtos licenciados. [...] O Real Madrid tem mais de 75 licenciados oficiais fabricando mais de 700 produtos de todos os tipos sob a marca ‘Real Madrid’” (tradução livre das autoras).

TABELA 1 – AS CINCO AGREMIÇÕES DESPORTIVAS QUE MAIS DEPOSITARAM MARCAS E OS STATUS DOS PEDIDOS

CLUBES	TOTAL DE DEPÓSITOS	PEDIDOS	REGISTRADOS	EXTINTOS	ARQUIVADOS
SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS	96	24	54	7	11
GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE	174	22	139	0	13
SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA	166	20	106	4	36
CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO	126	28	88	4	6
BOTAFOGO FUTEBOL E REGATAS	88	6	56	1	25

Fonte: Elaboração das autoras a partir da base TM View em 12/03/2018.<sup>19</sup>

Para obter o resultado constante na Tabela 1, meramente ilustrativa, foram utilizadas duas bases de dados: a TM View,<sup>20</sup> que reúne depósitos e registros de marcas requeridos em diversos países, e a pertencente ao INPI<sup>21</sup> do Brasil, que é o órgão responsável pela análise e concessão de marcas em território nacional. O recorte dado para fins da busca na TM View recaiu sobre as agremiações desportivas do Brasil, país considerado uma referência para o futebol mundial. Utilizou-se o *ranking* da CBF para a escolha das agremiações. A partir das designações das agremiações desportivas encontradas nesse *ranking*, foram realizadas as buscas, visando verificar quais agremiações utilizavam o sistema de proteção de marcas como uma estratégia de exploração de suas denominações.

Do *ranking* da CBF, as agremiações desportivas que mais apresentaram depósitos de marcas, segundo o levantamento feito nas bases de dados citadas, foram Cruzeiro, Grêmio, Corinthians, Flamengo e Botafogo.

...

<sup>19</sup> A Tabela 1 segue o *ranking* da CBF que, como informado, serviu de norteador para a seleção das agremiações desportivas a serem buscadas nas bases de dados utilizadas (TM View e INPI).

<sup>20</sup> A citada base de dados pode ser consultada no endereço eletrônico: <https://www.tmdn.org/tmview/welcome>.

<sup>21</sup> [www.inpi.gov.br](http://www.inpi.gov.br).

Na Tabela 1, além de ser possível verificar o número total de depósitos de marcas das cinco agremiações elencadas, pode-se aferir os *status* dos pedidos. O total de depósitos foi subdividido em pedidos (depósitos ainda não examinados ou que, apesar de examinados, não têm uma decisão final), registrados (os depósitos concedidos como marcas), extintos (as marcas que, por motivos diversos, deixaram de estar protegidas) e arquivados (depósitos de pedidos de marcas que não chegaram a ser concedidos).

Destaca-se ser o Grêmio Foot-Ball Porto Alegre o time com mais depósitos de marcas e com mais marcas concedidas, seguido pelo Corinthians e pelo Flamengo.

O *status* dos pedidos do último decênio dos cinco times de futebol pode ser visto na Tabela 2, elaborada a partir do recorte temporal do período de 01/01/2008 a 31/12/2017. Dessa forma, verifica-se que a maior parte dos depósitos de marcas efetuados pelas cinco agremiações ocorreu no último decênio. Esse dado confirma a percepção, por parte das agremiações desportivas, de que suas denominações e seus símbolos podem ser utilizados como marca, tendo em vista o potencial que esses sinais têm, estando em consonância, inclusive, com a proposição para a alteração da natureza dos times de futebol a empresas, conforme consta da Lei Pelé (BRASIL, 1998).

TABELA 2 – OS CINCO CLUBES E OS *STATUS* DOS DEPÓSITOS NO PERÍODO DE 01/01/2008 A 31/12/2017

CLUBES	TOTAL DE DEPÓSITOS	PEDIDOS	REGISTRADOS	EXTINTOS	ARQUIVADOS
SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS	39	22	13	0	4
GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE	155	22	120	0	13
SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA	123	20	88	0	15
CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO	77	26	50	0	1
BOTAFOGO FUTEBOL E REGATAS	82	6	54	0	22

Fonte: Elaboração das autoras a partir da base TM View, em 12/03/2018.

Com o objetivo de verificar em que setores as agremiações desportivas vêm focando a proteção de suas denominações e seus símbolos, foi realizada uma busca utilizando o campo

presente na página *web* da TM View denominado “Classe de Nice”.<sup>22</sup> Assim, foram feitas buscas em dois tempos: (i) em um primeiro momento foi realizada uma varredura nas classes de “1 a 34”, para levantar as marcas de produtos; (ii) em um segundo momento foi realizada a busca nas classes “35 a 45”, para levantar as marcas de serviço. Na Tabela 3 é apresentada a distribuição dos depósitos de marcas dos times de futebol em relação aos produtos e serviços, segundo a Classificação produtos e serviços de Nice: (i) há quatro classes de produtos<sup>23</sup> do total das 34 classes de Nice que foram requeridas para proteção e (ii) há quatro classes de serviços<sup>24</sup> do total das 11 classes de serviços.

...

- 22 A Classe de Nice indica a classe de produtos e serviços que serve ao titular para ele possa sinalizar os produtos e serviços sobre os quais sua marca será aposta. A Classificação de Nice possui 34 classes de produto e 11 classes de serviços. A classificação é sistematicamente atualizada para incorporar o dinamismo de inserção de novos bens no mercado. Além disso, esse sistema de classificação é utilizado pela maioria dos países, sejam os mesmos signatários ou não da classificação em questão, facilitando os depósitos de marcas no mundo todo. Para maiores detalhes sobre a Classificação de Nice, consultar o endereço eletrônico da OMPI/WIPO: <http://www.wipo.int/classifications/nivilo/pdf/eng/nice/10engp1.pdf>.
- 23 De acordo com a Classificação de Nice (11) de 2018, as classes de produtos dominantes são: (i) NCL 16, que se destina essencialmente a papel, papelão e certos produtos feitos desses materiais, bem como artigos de escritórios; (ii) NCL 18, que se destina a couro, imitações de couro e certos produtos feitos desses materiais, incluindo bagagens, bolsas, por exemplo, malas de viagem, baús, bolsas de viagens, *slings* para carregar bebês, mochilas escolares, etiquetas de bagagem; porta-cartões de visitas, carteiras de bolso; caixas e pastas de couro ou de couro artificial; (iii) NCL 25, que se destina a vestuário, calçados e chapelaria; e (iv) NCL 28, que se destina essencialmente a brinquedos, aparelhos para jogos, equipamentos de esporte, itens para diversão, assim como artigos para árvores de Natal. Essa classe inclui notadamente aparelhos para jogos e entretenimento, incluindo seus controles; itens para brincadeiras e festas, como máscaras de Carnaval, chapéus de festa feitos de papel, confete, lança-confetes e *crackers* de Natal; materiais de caça e pesca, por exemplo, varas de pescar, sarricos, chamarizes, apito chamariz; equipamentos para vários esportes e jogos (<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/marcas/classificacao>).
- 24 De acordo com a Classificação de Nice (11) de 2018, as classes de serviços dominantes são: (i) NCL 35, que contempla propaganda, gestão de negócio, administração de negócios e funções de escritório. Isto é, essa classificação se destina, essencialmente, a serviços prestados por pessoas ou por organizações cuja finalidade principal seja: ajudar na gestão de uma empresa comercial ou na gestão de negócios ou das funções comerciais de uma empresa industrial ou comercial, assim como serviços prestados por agências de publicidade que se encarregam basicamente de comunicações ao público, de declarações ou de anúncios por todos os meios de difusão e referentes a todos os tipos de produtos ou serviços; (ii) NCL 38, que se destina aos serviços de telecomunicações. Essa classe trata, essencialmente, de serviços que possibilitam pelo menos a uma pessoa comunicar-se com outra por meios sensoriais. Esses serviços incluem a difusão de programas de rádio ou televisão; (iii) NCL 41, que se destina a educação, provimento de treinamento; entretenimento; atividades esportivas e culturais; (iv) NCL 43, que se destina aos serviços de fornecimento de comida e bebida e acomodações temporárias (<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/marcas/classificacao>).

TABELA 3 – **DISTRIBUIÇÃO DOS DEPÓSITOS DE MARCAS DE TIMES DE FUTEBOL BRASILEIROS EM RELAÇÃO AOS PRODUTOS E SERVIÇOS REQUERIDOS**

TIMES	TOTAL DE DEPÓSITOS	MARCA DE PRODUTO	MARCA DE SERVIÇO	NCL PREDOMINANTES PARA PRODUTOS	NCL PREDOMINANTES PARA SERVIÇOS
SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS	39	27	12	NCL 16 – 7 NCL 25 – 6 NCL 28 – 6	NCL 41 – 7 NCL 35 – 4
GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE	155	100	55	NCL 25 – 25 NCL 28 – 13	NCL 41 – 36 NCL 43 – 10
SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA	123	29	94	NCL 25 – 10 NCL 16 – 7 NCL 28 – 6	NCL 41 – 79 NCL 38 – 7 NCL 35 – 6
CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO	77	3	74	NCL 25 – 2 NCL 16 – 1	NCL 35 – 62 NCL 41 – 9 NCL 43 – 3
BOTAFOGO FUTEBOL E REGATAS	82	38	44	NCL 25 – 15 NCL 16 – 8 NCL 18 – 7	NCL 35 – 26 NCL 41 – 16

Fonte: Elaboração das autoras a partir da base TM View, em 12/03/2018.

A maior parte das marcas da agremiação desportiva Flamengo serve para identificar serviços prestados, e não produtos. A forma de utilizar a denominação pelo Flamengo, solicitando mais marcas de serviços do que de produtos, assemelha-se à estratégia do Corinthians, mas diferencia-se de maneira significativa daquela do Grêmio, que foca sua estratégia de marcas em produtos, em detrimento dos serviços.

Outro ponto interessante diz respeito ao equilíbrio existente entre produtos e serviços das marcas depositadas pela agremiação Botafogo Futebol de Regatas. Entre as agremiações apresentadas, apenas esta se destaca por um equilíbrio entre as marcas de produtos e serviços.

Sobressaem-se a classe de produtos NCL 25 (que inclui artigos de vestuário), as classes de serviços NCL 35 (que envolve serviços contábeis, comércio, propaganda, entre outros) e a

NCL 41 (na qual se encontram serviços de entretenimento, organização de eventos e serviços de educação). Os dados sobre os produtos e serviços mais requisitados pela agremiação auxiliam na compreensão de em qual segmento de mercado elas têm o objetivo de atuar, apontando que, geralmente, isso está para além do segmento de entretenimento. Diante da proliferação de lojas de times de futebol que podem ser facilmente encontradas em grandes *shoppings* brasileiros, as solicitações de marcas tornam-se um dado relevante, que serve para indicar a postura dos titulares das denominações das agremiações no mercado.

Para além do quantitativo de marcas e dos tipos mais requeridos, outra informação a ser destacada refere-se aos tipos de marcas reivindicados pelas agremiações desportivas. O INPI aceita quatro tipos de marcas, quais sejam: nominativa,<sup>25</sup> figurativa,<sup>26</sup> mista<sup>27</sup> ou tridimensional,<sup>28</sup> conforme consta do Manual de Marcas do respectivo instituto.<sup>29</sup> Das buscas promovidas, que podem ser visualizadas na Tabela 4, destaca-se a ausência de solicitações de marcas tridimensionais por parte das cinco agremiações abordadas. Além disso, faz-se importante observar que as marcas, em sua maioria, são requisitadas na forma de apresentação mista, seguida pela apresentação nominativa. Ressalta-se, no caso do Sport Club Corinthians, a existência de depósitos de marcas apenas com as apresentações de marcas mistas e nominativas, sem envolver marcas figurativas e tridimensionais.

...

25 O sinal nominativo apresenta em sua constituição somente palavras ou combinações de letras e/ou algarismos, sem considerar o aspecto visual da letra que o expressa (INPI, 2014).

26 O sinal figurativo contempla exclusivamente desenhos, imagens ou símbolos. É considerado sinal figurativo também letra e número, de maneira isolada, desde que apresentem tratamento gráfico para se revestir de cunho característico (INPI, 2014).

27 O sinal misto abarca a combinação de elementos figurativos e nominativos, inclusive sinal nominativo revestido de cunho característico (INPI, 2014).

28 O sinal tridimensional se refere à forma plástica distintiva em si, que pode ser representada pela embalagem ou recipiente, mas não se limita a esses elementos. Portanto, toda forma desprovida de função, que seja tridimensional e distintiva, pode ser passível de ser considerada uma marca tridimensional (INPI, 2014).

29 O manual pode ser encontrado no *site* do INPI, disponível em: [www.inpi.gov.br](http://www.inpi.gov.br).

TABELA 4 – **MARCAS DEPOSITADAS NO PERÍODO, SEGUNDO AS FORMAS DE APRESENTAÇÃO**

CLUBES	TOTAL DE				
	DEPÓSITOS	NOMINATIVA	MISTA	FIGURATIVA	TRIDIMENSIONAL
SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS	39	11	18	10	0
GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE	155	76	76	3	0
SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA	123	63	60	0	0
CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO	77	36	48	8	0
BOTAFOGO FUTEBOL E REGATAS	82	23	48	11	0

Fonte: Elaboração das autoras a partir da base TM View, em 12/03/2018.

A preferência pela marca mista pode ser atribuída ao fato de tal apresentação contemplar o elemento nominativo e os elementos figurativos, inclusive, associados ao próprio nome, ou seja, na forma de sua expressão, *lettering*, e cores associadas, além do símbolo do clube. O elemento figurativo, sobretudo se composto pelos símbolos de fácil reconhecimento dos times, tende a permitir maior expressividade e possibilidades de criação de associações com o consumidor, que, no caso, é o próprio torcedor. Além disso, os símbolos dos clubes são elementos diferenciadores e caracterizadores dos clubes e, portanto, acentuam o poder distintivo quando utilizados na composição de marcas mistas.

Contudo, em que pese à marca mista possibilitar a proteção para o conjunto de elementos que a compõem, destaca-se que qualquer modificação na forma de apresentação deve ensejar novo depósito, fato que implica custos. Isso ocorre porque o sistema de marcas prevê a caducidade da marca registrada em casos que modifiquem o seu caráter distintivo original, conforme constante do artigo 143 da LPI, citado anteriormente (BRASIL, 1996).

Do disposto por meio das tabelas nas quais constam as marcas das agremiações desportivas, infere-se que a estratégia de proteção das designações e dos símbolos de tais agremiações está se tornando prática corriqueira. Todavia, conforme dito no início deste artigo, seria esta a melhor estratégia diante do constante na Lei Pelé? A seção seguinte visa a problematizar essa questão.

## 2. *MERCHANDISING* “DESPORTIVO”?

O *merchandising* tem sido uma prática presente na atualidade, a ponto de ser tratado e categorizado pela OMPI. Segundo Carvalho (2003), o *merchandising* sobre o qual há interesse para os fins deste artigo não é aquele comumente conhecido no campo econômico. Nas palavras da autora:

Quando, em direito, nos referimos ao *merchandising* pretendemos aludir à autorização conferida pelo titular de um bem [...] que adquiriu valor sugestivo pela sua utilização numa determinada actividade, a uma outra pessoa para que esta o use – numa actividade diferente – para distinguir os seus produtos ou serviços ou para integrá-los nestes, sempre com o objectivo de promover a sua venda. (CARVALHO, 2003, p. 14)

Destrinchando a definição da autora e buscando contextualizá-la, pode-se inferir que se trata de quando a denominação da agremiação desportiva, já protegida e utilizada em sua função primária, qual seja, indicar a denominação do time de futebol, venha a ser explorada de maneira diversa, em uma atividade diferente, considerada secundária, na qual passa a funcionar como marca. Destaca-se que o trabalho desenvolvido por Carvalho (2003) abrange a discussão referente a três tipos de *merchandising*: os de direitos autorais, os de direitos de personalidade e os de direitos sobre marcas famosas.

No caso de cada um dos tipos, percebe-se a existência de um direito anterior, mais extenso que o direito de marca, que impede terceiros de explorarem, sem autorização dos titulares, sinais como marca que sejam protegidos por direitos autorais, por direitos de personalidade ou por direitos de proteção a marcas famosas. Em cada um desses casos, aquele que desejar utilizar como marca um bem protegido por direito anterior deverá recorrer a um contrato de licença com o detentor daquele direito, de modo a poder empregar o bem em sua atividade de identificação e distinção de produtos ou serviços.

Ainda aprofundando o conceito de *merchandising*, encontra-se em Gonçalves (1999, p. 231) a seguinte definição:

[...] actividade de exploração comercial do valor publicitário ou atractivo de uma coisa incorpórea (objecto da propriedade autoral ou industrial) ou de um bem de personalidade (direito ao nome e à imagem), pela qual o titular do bem concede a outrem a sua utilização como sinal distintivo de produtos ou serviços ou como elemento integrante do produto ou respectivo continente, com objectivo promocional.

Destarte, faz-se necessária a existência de um direito anterior ao uso como marca, conforme foi destacado, para os casos que envolvem direitos autorais e de personalidade. Esse direito anterior, no caso das agremiações de desporto, deverá ser capaz de impossibilitar que terceiros, sem a autorização do detentor do direito sobre o bem de interesse, façam uso, por exemplo, das denominações e dos símbolos das agremiações em atividades econômicas em proveito próprio, bem como ocorre com os direitos protegidos pela lei autoral e os direitos de personalidade.

Conforme se apontou, os trabalhos da OMPI/WIPO (1994), de Gonçalves (1999) e de Carvalho (2003) classificam apenas os tipos de *merchandising* que envolvem direitos autorais, direitos de personalidade e direitos sobre marcas famosas. Mas e o caso, aqui analisado, das

denominações desportivas dos times de futebol? Para poder examinar esse caso específico, toma-se a realidade legislativa brasileira sobre a proteção aos sinais das agremiações desportivas, de modo a verificar se elas encontram amparo legal extrínseco ao direito de marca, tendo em vista que tais denominações, em um primeiro momento, não têm por função aquela específica da marca.

No caso brasileiro, tal direito ao uso exclusivo das denominações de agremiações desportivas encontra-se tipificado na Lei n. 9.615/1998 (Lei Pelé). Nela, está disposto ser de propriedade das agremiações, entre outras coisas, as suas denominações, conforme artigo 87, transcrito a seguir:

Art. 87. A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva [...] são de propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente. [...] Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos. (BRASIL, 1998)

Sobre o disposto nesse artigo 87, o Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual (IDS), destacando as especificidades dele, assim se posiciona:

[...] confere às entidades de administração de desporto ou prática desportiva [...] a propriedade sobre os símbolos e nomes que os identificam. Com isso, resolve-se o problema da situação jurídica dos nomes de instituições responsáveis por atividades nessas áreas, coibindo o beneficiamento indevido decorrente do emprego não autorizado desses sinais que, pelo que significam, exercem poder de atração no público e possuem, portanto, irradiação econômica. (IDS, 2005, p. 220)

Algumas considerações sobre o disposto no artigo 87 são pertinentes para a discussão do *merchandising*. Denominações e símbolos são considerados propriedade exclusiva das agremiações, por tempo indeterminado e sem a necessidade de registro ou averbação em órgão competente. Dá-se a garantia de um direito de propriedade aos sinais das agremiações desportivas, desobrigando-as de qualquer burocracia referente a sistemas de registros. Além disso, assegura-se proteção sem temporalidade definida, situação totalmente inusitada quando comparada ao que ocorre com os direitos de propriedade industrial. Referendando essas colocações, o IDS destaca que:

[a]inda com relação ao art. 87 da Lei n. 9.615/98, nota-se que há ausência de formalidade com relação à proteção decorrente de tal dispositivo legal, ou seja, a simples [...] constituição de uma entidade desportiva confere a propriedade sobre os símbolos e os

nomes que os distinguem, independentemente de registro. Outro aspecto que merece destaque é a inexistência de limite temporal de proteção assegurada aos nomes e símbolos das entidades desportivas [...]. Nesse ponto, a Lei Pelé é bem menos formal que a LPI, uma vez que o registro de marca deve observar certos ditames para gozar de proteção de dez anos consecutivos, prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos, enquanto aquela é indeterminada, isto é, livre de formalidades. (IDS, 2005, p. 220)

Salienta-se o fato de a garantia legal conferida às entidades desportivas permitir o uso comercial de suas denominações e seus símbolos. Além de assegurar a propriedade, já tornando símbolos e denominações bens regulados por instituto extremamente forte, como ocorre com a propriedade, detalha-se que o uso comercial de tais sinais é conferido a seus proprietários. Pode-se apontar certa redundância em tal propositura, tendo em vista o instituto da propriedade já garantir o direito de usar, fruir e dispor. Assim, o citado artigo enfatiza um lado desse direito de propriedade, qual seja, sua exploração econômica, deixando clara, para terceiros, a abrangência do direito discutido, ou, como posto na citação do IDS, a sua “irradiação econômica” (IDS, 2005).

Cabe acrescentar também que, diferentemente do direito conferido à marca registrada, no caso das denominações reguladas pela Lei Pelé não há alusões ao princípio da especialidade. Recordar-se ser tal princípio um dos elementos basilares do direito à marca, por meio do qual entende-se ser conferida a proteção à marca apenas na classe na qual ela venha a ser requerida. No caso das denominações e dos símbolos das agremiações desportivas, regulados pela Lei Pelé, a propriedade não se restringe a classes ou segmentos de mercado, aproximando-se bem mais do direito conferido a toda e qualquer propriedade.<sup>30</sup>

Em artigo sobre o Sport Clube Internacional, Albino *et al.* (2009) apresentam o fato de a Lei Pelé ter, inicialmente, proposto um prazo para a transformação dos times de futebol em empresas. De acordo com os autores:

Na versão vigente, aprovada em 2001, apenas sugere-se que os clubes que participam de competições esportivas e são representados por atletas profissionais se transformem em sociedades civis com fins lucrativos ou sociedades comerciais admitidas na legislação. Entretanto, como a maioria dos clubes que participam dessas competições são associações e não sociedades, quase a totalidade dos mesmos manteve seu formato jurídico de sociedades sem fins lucrativos. (ALBINO *et al.*, 2009, p. 94)

...

<sup>30</sup> O fato de a propriedade da marca ser dada apenas no segmento de mercado para o qual é requerida gerou extensa discussão relativa a sua natureza jurídica, conforme pode ser acompanhado em Cerqueira (1982) e Gusmão (1989).

Rein, Kotler e Shields, citados por Albino *et al.* (2009), expõem que a atuação dos times de futebol como empresas é um processo comum de mercantilização do futebol mundial e que a Lei Pelé não foi a criadora do futebol-empresa, e, sim, este foi a motivação para a criação daquela (ALBINO, *et al.*, 2009). Dessa maneira, a citada lei vem para embasar uma situação já existente, trazendo com ela outras regras que permitem aos clubes de futebol atuar como empresas, inclusive utilizando suas denominações desportivas como marcas de produtos e serviços, independentemente de elas terem que ser resguardadas pelo sistema de proteção à marca.

Destarte, o disposto no artigo 87 da Lei Pelé revela o potencial econômico das denominações dos times de futebol, sua “irradiação econômica”. Já se percebe tais denominações como elementos de grande valor agregado, que podem ser empregados em atividades secundárias, aumentando a receita das agremiações. Esse uso em atividades secundárias corresponde àquele apontado anteriormente por Carvalho (2003), quando a autora trabalha com o *merchandising* de marcas famosas, de direitos de autor e de direitos de personalidade.

Em cada um desses casos, há um direito anterior, como uma marca de alto renome já protegida por leis de marcas, um título de uma obra ou um personagem já amparados por leis de direitos autorais, ou o nome ou imagem de personalidades que têm seus direitos de personalidade também resguardados, estando estes tipificados, no caso do Brasil, no Código Civil de 2002, conforme Capítulo II, “Dos Direitos da Personalidade” (BRASIL, 2002).

São direitos anteriores, que promovem um efeito de bloqueio ao uso econômico por terceiros que não tenham autorização do titular daquele direito. Só diante desse efeito de bloqueio, garantido por direito anterior, pode o titular de um direito qualquer exercer de maneira positiva a autorização para terceiros requererem e usarem como marca o bem a ele garantido. Assim, questiona-se se esse titular de um direito anterior pode também solicitar a marca em seu nome, desde que tenha por intenção explorá-la pessoalmente e/ou transferir essa intenção para terceiro, algo que também foi problematizado por Gonçalves (1999), conforme será observado adiante. Assim, Carvalho (2003, p. 15) apresenta o objeto do *merchandising* do seguinte modo:

Todos os tipos têm por objecto determinados bens reconhecidos publicamente, por terem adquirido notoriedade no âmbito da actividade em que são utilizados (utilização primária). Une-os o facto de se destinarem à promoção da venda de bens ou serviços de pessoa que, não sendo o seu titular, pretende usá-los no âmbito de uma actividade diferente (utilização secundária) daquela em que o são habitualmente [...] Finalmente, caracterizam-se por uma relação contratual – a que muitos chamam de licença [...].

A noção de relação contratual é central nesse modelo de negócio. O titular que possui o direito de utilizar comercialmente as denominações desportivas também conta com a vertente negativa desse direito, o *jus prohibendi*, podendo impedir terceiros de fazerem esse mesmo

uso ou permitir que o façam com o seu consentimento. Mediante esse direito, por meio de um contrato de licença de uso, cabe ao titular decidir quem e em que circunstâncias poderá fazer a utilização da denominação da agremiação desportiva como marca.

Para fins deste artigo, desenvolve-se a ideia de que os titulares do direito sobre as denominações e os símbolos das agremiações desportivas, ao buscarem a proteção como marca para suas denominações e seus símbolos, vêm desconsiderando a possibilidade de exploração econômica de um direito sobre um bem que já detêm, aproveitando de maneira ineficaz e não tão escorreita tal direito. Defende-se isso em função dos resultados de depósitos de marcas dos times brasileiros que puderam ser observados nas tabelas comentadas. Por ora, faz-se importante acrescentar as vantagens econômicas apontadas por Carvalho (2003, p. 23) para a prática do *merchandising*:

[n]o merchandising, o licenciado desenvolve o produto, o que constituirá, necessariamente, um investimento. Apesar de estar obrigado ao pagamento de uma soma pecuniária ao titular de outro direito, ele terá uma vantagem: a associação a um sinal tão conhecido permite-lhe despertar o impulso de compra mais rapidamente. Para o titular do sinal, é o valor adicional que este bem lhe pode proporcionar que o leva a autorizar a terceiros o seu uso e em relação a produtos ou serviços de um sector bem diferente do seu.

Como detentores de suas denominações desportivas, os times de futebol poderiam utilizar o direito a eles conferido pela Lei Pelé para explorar de maneira eficaz a prática de *merchandising*, tanto das denominações como dos símbolos. Caberia ao licenciado o desenvolvimento dos produtos e/ou serviços que poderiam, inclusive, passar por uma espécie de controle do titular da denominação. A ele caberia o licenciamento do uso, sem ter o ônus do desenvolvimento do produto ou da manutenção de um registro de marca, e ainda podendo contar com os *royalties* por conta do emprego da denominação licenciada a terceiros.

Adverte-se que, para efetuar o contrato de licença de uso das denominações, não se faz necessário que elas estejam protegidas como marca, tendo em vista o disposto na Lei Pelé, que garante a propriedade das denominações às agremiações desportivas. Já há um direito anterior, muito mais robusto e eficaz, que permite às agremiações a exploração econômica de suas denominações, independentemente de elas estarem protegidas como marca.

Como não há princípio da especialidade para as denominações das agremiações desportivas protegidas por meio da Lei Pelé, o titular desse direito poderia licenciar seu uso para os mais distintos segmentos de mercado, sem ter que se preocupar com a proteção por meio da marca e as consequências advindas dessa proteção, quais sejam, taxas e expedientes administrativos, necessidade de comprovar a atividade, exigência de provar o uso da marca em caso de um pedido de caducidade, etc.

Diante da especificidade do sistema de proteção à marca, vejam-se as observações de Gonçalves, citado por Carvalho (2003), sobre as possibilidades detidas pelo titular das denominações

desportivas: “Na opinião de Couto Gonçalves, no caso do *merchandising* dirigido a uma finalidade distintiva, em sentido próprio, há dois expedientes principais: um é a licença para o terceiro registar a marca, o outro a licença de marca” (CARVALHO, 2003, p. 45).

Assim, pode o titular das denominações desportivas utilizar o instituto do licenciamento ou requerer essa denominação como marca para licenciar depois. Como discutido antes, parece ser desnecessário requerer como marca o sinal sobre o qual já há proteção mais robusta, uma vez que não está limitada pelo princípio da especialidade, comum às marcas, e por uma temporalidade finita, própria do direito de propriedade intelectual. Além disso, o próprio Gonçalves, citado por Carvalho (2003), acrescenta ser a forma correta a autorização de terceiros para registar como marca a denominação de interesse, tendo em vista que as agremiações desportivas, em boa parte das situações, não atuam no mercado como empresas.

Isso posto, tende-se a discordar, em certa medida, de Marques (1994), quando esse autor demonstra a desnecessidade de especificação em lei própria da proteção das denominações de agremiações desportivas, tendo em vista a possibilidade de elas utilizarem o sistema de marcas. Posiciona-se, aqui, em concordância com Dannemann (IDS, 2005), quando este aponta ser a Lei Pelé uma complementação à Lei da Propriedade Industrial. A regulação da proteção das denominações desportivas em lei própria garante a seus titulares proteção mais abrangente e robusta do que aquela conferida pelo direito de marcas, e o faz sem deturpar o sistema de proteção à marca, como se pode conferir, novamente, pelo posicionamento de Gonçalves (1999) sobre o tema:

[...] o autor de uma obra literária não tem legitimidade porque não exerce uma actividade económica, não prova pretender vir a exercer uma actividade económica em moldes empresariais [...], nem sequer demonstra a imprescindibilidade do recurso ao direito de marcas para poder comercializar a notoriedade da sua obra. O direito de marcas não deve ser usado de modo enviesado para um fim que é possível alcançar, de modo juridicamente correto, pelo direito de autor. (GONÇALVES, 1999, p. 250-251)

Na citação em questão, o autor trata do caso do *merchandising* do direito de autor. Entretanto, raciocínio análogo pode ser traçado para as denominações de agremiações desportivas. Está claro que os titulares de tais denominações desejam a proteção delas para além de um segmento. Para tanto, teriam de obter proteção, no caso do Brasil, como marca de alto renome e se adequar a todo o sistema de proteção de marcas, com as idiosincrasias que dificultam o gerenciamento por parte dos titulares de direitos. Caso não obtivessem a proteção como alto renome, precisariam depositar suas denominações em diversas classes para as quais sabidamente os titulares de tais denominações não teriam como comprovar atividade econômica, inclusive tendo em vista o artigo de Albino *et al.* (2009), que dispõe que nem todos os times de futebol se adequaram à natureza jurídica de empresas. Assim, o sistema de marca seria utilizado de maneira inadequada para garantir proteção já existente em função

de haver legislação própria, a Lei Pelé, e a única vantagem existente para o uso do sistema de marcas seria requerer a proteção para, no caso de uma tentativa de apropriação das denominações e dos símbolos dos times brasileiros por terceiros no exterior, os primeiros poderiam alegar a proteção da marca notoriamente conhecida que transcende, como visto, o princípio da territorialidade.

## CONCLUSÃO

Diversos são as denominações e os símbolos que possuem o potencial de tornarem-se marcas em um mundo em que tudo parece venal, tudo se torna comercializável. Direitos de personalidade, tidos como inalienáveis, passam a funcionar como marcas. Criações do espírito, compreendidas como obras, passam a distinguir, identificar e agregar valor. As marcas fogem a seu princípio da especialidade para tornarem-se bens em si. Nada de diferente poderia ser exigido quanto às denominações das agremiações desportivas.

Diante desse cenário, o trabalho ora proposto apontou o uso do sistema de proteção à marca para as denominações das agremiações desportivas, tendo em vista o potencial que elas têm de tornarem-se marcas. Entretanto, o principal objetivo deste artigo foi problematizar se as agremiações desportivas realmente precisam se submeter às especificidades do sistema de proteção de marcas para explorar eficientemente suas denominações como sinais distintivos do comércio, com todos os benefícios advindos de tal uso, no caso do território nacional.

Pelo dito anteriormente em relação à proteção das denominações e dos símbolos das agremiações desportivas por meio da Lei Pelé e em função do amparo conferido por meio da Lei de Propriedade Industrial, depreende-se que, pelo princípio da especialidade, as agremiações desportivas precisam buscar proteção em várias das classes de produtos e serviços da Classificação de Nice para obter a exclusividade de uso de maneira mais ampla.

Do disposto no sistema de propriedade à marca, ressalta-se que, para cada depósito, é necessário o pagamento da respectiva taxa, devendo-se ter em mente a necessidade da exploração da marca no mercado, sob pena de ela poder caducar pela falta de uso, sendo extinta. Ressalta-se ainda que, para cada sinal reivindicado, faz-se necessário requerer um depósito diferente, o que também tende a aumentar o custo da proteção como marca.

Portanto, há custos associados aos depósitos e obrigações para a manutenção da proteção, quais sejam: a obrigatoriedade do uso e a solicitação da prorrogação da proteção a cada decênio, que também é realizada mediante o recolhimento de taxas de retribuição específicas. Tais questões adicionam complexidade ao gerenciamento das marcas protegidas e, muitas vezes, ensejam a demanda de serviços de escritórios especializados, aumentando os valores gastos pelos clubes com a proteção como marca de suas denominações e símbolos. Além disso, há prazos a serem observados e cumpridos para a solicitação da prorrogação, sob pena de o registro ser extinto.

De fato, as agremiações desportivas dispõem da Lei Pelé, que já lhes confere o emprego exclusivo do sinal, sem incidência de custos adicionais. Por conseguinte, os clubes podem negociar o uso de suas denominações e de seus símbolos por terceiros, via acordo contratual entre as partes interessadas, com as condições de exploração e ressarcimento, obrigações e penalidades preestabelecidas em caso de infrações contratuais.

Os dados trazidos a partir das bases de dados TM View e Busca Web do INPI, entretanto, apontam cenário diverso. Os cinco clubes de futebol brasileiro elencados neste artigo de maneira exemplificativa vêm utilizando o sistema de marcas para proteger suas denominações e seus símbolos em detrimento da possibilidade de empregar o instituto da licença de seu direito garantido pela Lei Pelé a fim de potencializar a exploração econômica dos bens a eles conferidos como propriedade pela citada lei.

Percebe-se que há pouca discussão referente ao uso dos direitos garantidos pela Lei Pelé por parte de seus agentes. Eles são detentores do direito em relação à propriedade de suas denominações e seus símbolos, contudo, essa matéria ainda não conta com uma discussão em profundidade que permita uma crítica mais consistente em relação ao uso ou não do sistema de marcas como necessário e essencial. Nota-se a ausência de material crítico sobre a questão, destacando-se, aqui, a necessidade de trabalhos que aprofundem a temática ora apresentada.

A potencialização do uso do instituto de proteção às marcas parece ser algo comum em diversos países. O caso brasileiro revela dados de como as denominações das agremiações desportivas vêm sendo protegidas e adotadas como marcas. Este artigo debruçou-se sobre os dados de clubes brasileiros. Isso não impede, apenas reforça, a necessidade de estudos futuros a respeito de como as denominações de agremiações desportivas vêm sendo protegidas em outros territórios, nos quais, aí sim, a proteção por marca em território nacional seria relevante, pois haveria a possibilidade de alegação do resguardo por meio da marca notoriamente conhecida.

A temática revela sua importância diante dos valores sociais e econômicos indicados pelas denominações e pelos símbolos. Eles compõem um imaginário socialmente compartilhado e com grande potencial econômico. A compreensão parcial de como tais sinais podem ser aproveitados economicamente reverte-se em perdas significativas para seus titulares.

Em síntese, alude-se que, no caso específico do futebol brasileiro, a má compreensão do direito que tais agremiações detêm em relação à propriedade de suas denominações, conforme disposto na Lei Pelé, é um fator que pode estar levando ao subaproveitamento da exploração econômica dessas denominações e de seus símbolos, bem como a um uso desnecessário do sistema de proteção à marca.

## REFERÊNCIAS

AAKER, David. *Building strong brands*. New York: Free Press – Division of Simon & Shuster Inc., 1996.

ALBINO, José Coelho de Andrade; CARRIERI, Alexandre de Pádua; FIGUEREDO, Diego; SARAIVA, Frederico Heitmann; BARROS, Frederico Luiz Ribeiro Silva. Sport Club Internacional e a construção da identidade corporativa de “Clube-empresa”. *O&S*. Salvador, v. 16, n. 48, jan./mar. 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa ‘propriedade’ intelectual. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 20, p. 243-261, jul./dez. 2007a.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Nome de edifício: conflito com marca, insígnia ou logotipo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b. (Coleção Cadernos de Direito de Marcas 20).

ASCENSÃO, José de Oliveira. As funções da marca e os descritores (*metatags*) na internet. In: *Direito industrial*. v. III. Coimbra: Almedina, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, v. III, ano 61. Ordem dos Advogados de Portugal, 2001.

BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

CALLEJO, Miguel Blanco; FORCADELL, Francisco Javier. Real Madrid football club: a new model of business organization for sports clubs in Spain. *Global Business and Organization Excellence*, nov./dez. 2006. doi: <https://doi.org/10.1002/joe.20121>.

CARVALHO, Maria Miguel Rocha Morais de. *Merchandising de marcas. A comercialização do valor sugestivo das marcas*. Coimbra: Almedina, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CESÁRIO, Kone; MORO, Maitê Cecília Fabbri. Uma breve revisita às funções marcárias. In: *Anais da Jornada de Direito Comercial*. Brasília, 2012.

FERNANDEZ-NÓVOA, Carlos. *Tratado sobre derecho de marcas*. Madri: Marcial Pons, 2004.

GONÇALVES, Luís M. Couto. *Direito de marcas*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Luís M. Couto. *A função distintiva da marca*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. *La protection des marques étrangères au Brésil*. Dissertação (Diplôme d’Études Scientifiques Spécialisées). Université des Sciences Juridiques, Politiques, Sociales et de Technologie de Strasbourg III, Faculté de Droit et des Sciences Politiques. França, 1987.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. *L’acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Tese (Doutorado) Université Robert Schuman, Faculté de Droit et des Sciences Politiques. Strasbourg, 1989.

INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (IDS). *Comentários à lei da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). *Resolução INPI/PR n. 142/2014*. Dispõe sobre a criação do Manual de Marcas. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao-no-142-14-institui-o-manual-de-marcas.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). *Resolução INPI/PR n. 249/2019*. Intitui a 3ª Edição do Manual de Marcas. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2019.

KAPFERER, Jean-Noël. *As marcas. Capital da empresa*. Rio de Janeiro: Bookman, 2003.

KELLER, Kevin Lane; MACHADO, Marcos. *Gestão estratégica de marcas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. *Administração de marketing*. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

LUCENA, João Pedro de; CASACA, Joaquim. *Branding no futebol. O valor económico das marcas dos três grandes do futebol português. In: Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão – Estudos*. n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/rpbg/v12n3/v12n3a05.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

MARQUES, Erickson Gavazza. Proteção de emblemas, logotipos e sinais distintivos pertencentes às entidades corporativas. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n. 13, nov./dez., 1994.

McCARTHY, J. Thomas. *Trademark and unfair competition*. Saint Paul: West Group, 1996.

MORGADO, Mônica C. Rodrigues. *Marcas de alto renome: abordagem conforme a legislação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2013.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Marcas tridimensionais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLAVO, Carlos. *Propriedade industrial. Sinais distintivos do comércio e concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). *Character merchandising*. Report prepared by the international bureau. Geneva: World Intellectual Property Organization (WIPO), 1994. Disponível em: [https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo\\_inf\\_108.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

RAMELLO, Giovanni. What's in a sign? Trademark law and economic theory. *Journal of economic surveys*. Blackwell Publishing, v. 20, n. 4, p.547-565, 2006.

SEMPRINI, Andrea. *A marca pós-moderna: poder e fragilidade da marca na sociedade contemporânea*. São Paulo: Estação das Letras, 2006.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*. Coimbra: Almedina, 2007.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

PERALTA, Patricia Pereira; SILVA, Elizabeth Ferreira da; SARAIVA, Elaine Vianna. O *merchandising* das denominações e dos símbolos de agremiações desportivas de futebol diante do direito de marcas. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1935. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201935>.

*Patricia Pereira Peralta*

PÓS-DOUTORA EM ESTUDOS CULTURAIS PELO PROGRAMA AVANÇADO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ). DOUTORA EM ARTES VISUAIS PELA UFRJ E MESTRE EM HISTÓRIA DA ARTE PELA UFRJ. PROFESSORA PERMANENTE DO MESTRADO E DO DOUTORADO PROFISSIONAL DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). PROFESSORA COLABORADORA DO MESTRADO PROFISSIONAL DO INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO (IPHAN), COORDENANDO A DISCIPLINA SOBRE PATRIMÔNIO E PROPRIEDADE INTELECTUAL.

*ppereira@inpi.gov.br*

*Elizabeth Ferreira da Silva*

PÓS-GRADUADA PELO PROGRAMA DE PÓS-DOUTORADO EM ECONOMIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ). DOUTORA E MESTRE PELO PROGRAMA DE ENGENHARIA CIVIL DA UFRJ. GRADUADA EM ADMINISTRAÇÃO PELA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ, E EM ENGENHARIA CIVIL E EM ARQUITETURA E URBANISMO PELA UNIVERSIDADE SANTA ÚRSULA. DESDE DE 2007, É PESQUISADORA DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI) E MEMBRO DO CORPO DOCENTE DO PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO PROFISSIONAL EM PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO DO INPI.

*silvaef@inpi.gov.br*

*Elaine Vianna Saraiva*

PÓS-DOUTORANDA NO CENTRO DE ESTUDOS DE COMUNICAÇÃO E SOCIEDADE (CECS) DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS (ICS) DA UNIVERSIDADE NO MINHO, PORTUGAL. DOUTORA E MESTRE EM PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PELA ACADEMIA DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). GRADUADA EM COMUNICAÇÃO SOCIAL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ). COMPÕE O QUADRO DE EXAMINADORES DE MARCAS DA DIRETORIA DE MARCAS DO INPI DESDE 2002. ATUA COMO PALESTRANTE E PROFESSORA DE CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO, ONDE PROMOVE A REFLEXÃO SOBRE O USO DO SISTEMA DE REGISTRO DE MARCAS COMO FERRAMENTA DE CRIAÇÃO E DE GESTÃO.

*elainev@inpi.gov.br*

**1** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0003-4136-4516>

**2** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil  
<https://orcid.org/0000-0002-0555-2782>



# Um palacete assobradado: a coexistência entre organizações estatais e instituições de mercado no financiamento habitacional brasileiro

NEW INSTITUTIONS, OLD ORGANIZATIONS: LEGAL REFORMS IN THE BRAZILIAN  
HOUSING FINANCE

Mario Gomes Schapiro<sup>1</sup> e Saylon Alves Pereira<sup>2</sup>

## Resumo

Nas últimas décadas, vários países em desenvolvimento realizaram reformas institucionais orientadas para o mercado. Este trabalho avalia a reforma do financiamento habitacional brasileiro. Para tanto, analisa a reforma “nos livros” e “em ação”, ou seja, a aplicação dos dispositivos jurídicos pelo Judiciário. Foram analisadas 1.007 decisões judiciais sobre o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), e os resultados indicam que os credores tiveram mais sucesso do que os devedores nos tribunais. Apesar do ambiente de segurança jurídica, não houve uma transição financeira completa do modelo estatal de financiamento para um modelo de mercado. O arranjo liderado pelo Estado ainda é o elemento-chave no financiamento habitacional. O efeito mais evidente da reforma foi o reposicionamento das antigas organizações estatais nos novos marcos institucionais. Essa conclusão sugere que a privatização não é necessariamente uma transição clara entre dois modelos, mas um processo sujeito a acomodações balizadas pelos fatores de resiliência e transformação institucional.

## Palavras-chave

Reformas jurídicas; habitação; financiamento; reforma institucional; sistema financeiro imobiliário.

## Abstract

*In the last decades, several developing countries have undertaken market-oriented institutional reforms in different sectors. This paper aims to evaluate the reform of the Brazilian housing finance. For this purpose, it describes the reform “in books” and “in action”, in other words, the enforcement of new legal tools. Regarding the enforcement, this paper assessed a sample of 1,007 court decisions about the Real-State Financial System (Sistema Financeiro Imobiliário - SFI), and it shows that creditors succeeded more than debtors. Despite an environment of legal security, it has not provided a complete financial transition from the state financial model to a market model. The state-led arrangement is still the key player in the housing finance. The most apparent effect of the reform is the repositioning of old state organizations in the new institutional frameworks. Such conclusion suggests that privatization is not necessarily a clear-cut transition between two models, but a process that is subjected to marked accommodations by factors of resilience and institutional transformation.*

## Keywords

*Legal reforms; housing; financing; institutional reform; real estate financial system.*

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os países em desenvolvimento foram expostos a novas “tecnologias” globais de regulação das relações econômicas. Em diversos setores e em diferentes economias, pode-se observar a implementação de novas configurações de política pública, a incorporação doméstica de instrumentos jurídicos internacionais e, ainda, a realização de reformas na arquitetura estatal. Regimes presidencialistas ou parlamentaristas, governos orientados para a esquerda ou para a direita, em países com maior ou menor crescimento econômico, promoveram a privatização dos serviços públicos, adotaram padrões regulatórios como os de Basileia e constituíram agências reguladoras e bancos centrais independentes. A percepção desse fenômeno tem levado autores a identificar uma convergência (isomorfismo) institucional (McNAMARA, 2003) e o estabelecimento de um novo tipo de capitalismo – um capitalismo regulatório (LEVI-FAUR, 2005; BRAITHWAITE, 2008).

Há evidências, no entanto, sugerindo que o capitalismo regulatório apresenta diferentes constituições locais. Trabalhos qualitativos e quantitativos sobre a tradução doméstica das regras financeiras, como os realizados por Chey (2006a e 2006b), Walter (2008) e Jones e Zeitz (2017), entre outros, indicam que, embora as regras de Basileia sejam adotadas por um amplo número de países, existem diferenças significativas no modo como são implementadas pelos reguladores nacionais. Da mesma maneira, estudos de casos sobre privatização e setores de infraestrutura, produzidos no âmbito de uma pesquisa coordenada por Dubash e Morgan (2013), revelam que países como Brasil, Índia e Colômbia constituíram arranjos regulatórios com colorações próprias. Em outros termos, assim como há indicações de uma convergência regulatória em curso, há também dados sugerindo uma concomitante resiliência das dinâmicas institucionais locais.

Este trabalho parte desse debate teórico e procura examinar o teor de mudanças institucionais ocorridas em um segmento doméstico específico: o segmento habitacional. Assim como ocorrido em outros setores, os sistemas nacionais de financiamento habitacional foram objeto da difusão global de políticas, instrumentos e arquiteturas. O sentido dessas reformas foi o de garantir maior segurança jurídica para os investidores, com a intenção de substituir o financiamento público ou de associações de poupadores pelo financiamento privado, baseado no mercado global de capitais. Processadas pela promulgação de leis e marcos reguladores, as reformas financeiras nesse segmento procuraram instituir novas regras contratuais e procedimentos de execução das dívidas imobiliárias, favorecendo, assim, a constituição de um mercado de hipotecas. Dados de Buckley, Chiquier e Lea (2009, p. 3-4) ilustram que esses desdobramentos ocorreram em diversos países e apontam um crescimento exponencial do mercado de hipotecas na China, na Índia, na Hungria e nos países bálticos, entre outros.

No final dos anos 1990, refletindo domesticamente esse panorama global, o governo brasileiro, apoiado por associações privadas do setor imobiliário, como a Associação Brasileira

das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Abecip),<sup>1</sup> colocou em marcha uma reforma do Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Com a promulgação da Lei n. 9.514, em 1997, foi instituído, paralelamente ao SFH, o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), concebido para substituir progressivamente o antigo regime, que navegava à deriva desde 1986, quando as atividades do Banco Nacional de Habitação (BNH) foram encerradas. Em contraste com o SFH, que se constituiu como um arranjo baseado no direcionamento do crédito e na atuação de bancos públicos, o SFI procurava um novo modelo de financiamento habitacional, baseado na captação de recursos pelo mercado global de capitais, por meio da securitização das dívidas imobiliárias, e na consequente formação de um mercado de hipotecas. Nos termos de um marco analítico mais amplo, tratava-se da incorporação local, no setor habitacional, das regras globais de governança do capitalismo.

Em sintonia com as mudanças realizadas em outros países, a reforma brasileira também contou com a introdução de novos dispositivos no ordenamento jurídico nacional, com a finalidade de incrementar a segurança do crédito e, assim, prover as bases necessárias para um mercado de dívidas hipotecárias. Entre as inovações substantivas, destaca-se a instituição de uma nova modalidade de hipoteca: a alienação fiduciária de bens imóveis, que oferece mais garantias contratuais aos credores. A reforma também estabeleceu regras processuais, notadamente a possibilidade de execução extrajudicial dos inadimplentes e a limitação das contestações judiciais, que passaram a ser circunscritas apenas aos valores objetivamente controversos na relação contratual, como estipulado pela Lei n. 10.931/2004.

Tendo em conta o debate entre as evidências de convergência regulatória e as indicações de resiliência doméstica, este trabalho pretende avaliar o teor da transição institucional ocorrida no sistema nacional de financiamento habitacional. Após duas décadas de promulgação da Lei n. 9.514/1997 e da introdução do SFI, o propósito deste artigo é analisar a reforma jurídica habitacional sob dois aspectos: (i) o seu produto e (ii) o seu resultado. O produto da reforma é a provisão da segurança jurídica, que é descrita pela literatura como uma variável crítica para o estabelecimento de um financiamento habitacional privado e ancorado no mercado de capitais. O resultado da reforma, por sua vez, é o teor de privatização alcançado pelo financiamento habitacional, isto é, o grau de substituição do SFH pelo SFI.

A hipótese inicial do trabalho era a de que a reforma jurídica, ao mudar as regras contratuais e processuais, mitigando o poder de contestação judicial dos contratos, teria assegurado maior garantia aos credores, o que habilitaria a constituição de um novo modo de financiamento habitacional. Os achados da pesquisa, no entanto, indicam uma conclusão diferente. O principal argumento apresentado neste artigo é o de que, embora o produto (segurança

...

1 De acordo com Gomes, o anteprojeto de lei que resultou na Lei n. 9.514/1997 foi elaborado pela Abecip (GOMES, 2015, p. 85-86).

jurídica) da reforma seja moderadamente positivo, o seu resultado (privatização) é menos evidente. As mudanças legislativas tornaram a segurança do crédito mais robusta, há um volume proporcionalmente baixo de contestações judiciais, e o Judiciário tende a favorecer os credores. Por outro lado, em relação aos resultados da reforma, os indicadores apontam limites na transição brasileira em direção ao financiamento privado. Em vez de uma substituição do Estado pelo mercado de capitais, o efeito mais visível da reforma é o reposicionamento dos agentes do Estado no mercado imobiliário. Três evidências confirmam essa conclusão: primeiro, a Caixa Econômica Federal (CEF) ainda é a principal financiadora habitacional, em todas as faixas de renda; segundo, parte da liquidez do mercado de hipotecas é obtida pela utilização dos recursos originários do SFH, como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o crédito direcionado da poupança; terceiro, os mecanismos de segurança jurídica instituídos pelo SFI foram difundidos no setor e são empregados pela CEF, até mesmo nos financiamentos de caráter social, como os do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV).

Com isso, este trabalho oferece uma contribuição para a literatura de convergência regulatória e também para a literatura sobre reformas institucionais e privatizações, em especial no que tange às reformas habitacionais. Nessa linha, o artigo indica que, a despeito da introdução de mecanismos jurídicos globais, tendentes a aumentar a segurança do crédito, a organização institucional do segmento habitacional ainda preserva características locais, notadamente o protagonismo de um banco público, a CEF. Por outro lado, esse protagonismo é acompanhado da adoção de novas ferramentas jurídicas, que atribuem a sua atuação uma racionalidade mais próxima daquela de um agente financeiro alinhado às regras globais de prudência bancária. Desse modo, o caso aqui estudado indica uma coexistência entre dinâmicas globais e configurações locais, uma conjugação que é metaforicamente descrita como um palacete assobradado.

As conclusões deste trabalho podem ser estendidas para outros segmentos sujeitos a reformas institucionais. Em especial, ao identificar a coexistência entre padrões globais de mercado e dinâmicas locais estatais, o artigo sugere uma implicação de política contraintuitiva, qual seja, a possibilidade de que reformas de mercado favoreçam agentes estatais – no caso em questão, a CEF passou a atuar em um ambiente institucional dotado de maior segurança de crédito.

A compreensão da interface entre difusões regulatórias globais e dinâmicas locais estatais pode, em síntese, favorecer o desenho de reformas que sejam mais consistentes com o ecossistema local, e assim menos sujeitas às resistências oferecidas pelos incumbentes.

Este trabalho está organizado em outras cinco seções: a próxima apresenta uma descrição do método e do desenho da pesquisa; a seção “Financiamento habitacional: modelos de contrato e tipos de organização financeira” revisa a literatura sobre modelos de contrato e tipos de organização institucional do financiamento habitacional; a seção “Reforma habitacional brasileira: crise do SFH e criação do SFI” descreve a transição perseguida no Brasil, desde 1997, apresentando uma avaliação do produto e do resultado da reforma habitacional; a seção

“Um palacete assobradado” discute os achados da pesquisa, situando-os no debate sobre reforma e mudança institucional; e a última seção traz as considerações finais.

## I. MÉTODO E DESENHO DA PESQUISA<sup>2</sup>

O objetivo da pesquisa é avaliar as reformas jurídicas realizadas no sistema financeiro habitacional brasileiro. Por reforma jurídica entendem-se as alterações nos marcos legislativos que conformam o ambiente institucional do financiamento habitacional, como regras de poupança e direcionamento do crédito, disposições contratuais e disciplina processual. A avaliação da reforma é realizada por meio de acesso a fontes secundárias, notadamente a literatura especializada, e, em especial, a pesquisa empírica, que combina os métodos quantitativo e qualitativo.

O método quantitativo foi utilizado para mensurar o *enforcement* dos novos marcos legais introduzidos pelas Leis n. 9.514/1997 e n. 10.931/2004. A literatura sobre segurança jurídica aponta o Judiciário como um fator de instabilidade do direito dos credores (PINHEIRO, 2009; ARIDA, BACHA e LARA-RESENDE, 2005; LA PORTA *et al.*, 1998). Por outro lado, a segurança do crédito é condição para um arranjo de financiamento baseado no mercado de capitais. Para analisar o grau de segurança do crédito, foram examinados acórdãos coletados em dez tribunais, sendo os cinco Tribunais Regionais Federais (TRF), que são competentes para ações em que a CEF é parte, e cinco Tribunais de Justiça (TJ), situados nos estados que sediam os TRFs. A pesquisa foi constituída pelas seguintes palavras-chave de busca: “SFI”, “Sistema Financeiro Imobiliário”, “Alienação Fiduciária” e “9514/97”. Após a limpeza do banco de dados,<sup>3</sup> a amostra final contou com 1.007 decisões.<sup>4</sup> A definição da amostra atendeu aos requisitos de aleatoriedade e permitiu a formação de um número elevado de observações,

...

- 2 Resultados desta pesquisa foram apresentados no artigo “Developmental State with Neoliberal Tools: A Portrait of the Brazilian Housing Financial System”, publicado na *Law and Development Review*, v. 12, 2019.
- 3 A “limpeza” consistiu na exclusão da base de dados de todos os acórdãos cujo objeto de discussão não fosse o SFI. Pela pequena quantidade de ações versando sobre o tema, na maioria dos tribunais foi possível realizar esse procedimento de modo manual, através da leitura das ementas e dos resumos das decisões. Apenas um tribunal exigiu um procedimento diverso: o TJSP (com mais de 800 ações). Nesse caso, a amostra foi submetida a três filtragens. Os filtros foram aplicados nas ementas, utilizando o recurso de busca textual, na qual foram eliminados os acórdãos que não obtivessem no mínimo uma das quatro expressões empregadas, a saber: “SFI”, “Sistema Financeiro Imobiliário”, “Alienação Fiduciária” e “9514/97”.
- 4 As datas de realização da pesquisa em cada um dos tribunais foram as seguintes: TJRJ – 31/07/2017; TJSP – 22/05/2017; TJDF – 31/05/2017; TJRS – 21/05/2017; TRF 1 – 10/04/2017; TRF 2 30/03/2017; TRF 3 – 05/04/2017; TRF 4 – 04/07/2017; TRF 5 26/05/2017. No TJPE não foram encontradas ações referentes ao tema escolhido, razão pela qual ele não aparece na lista e tampouco foi incluído nas demais

adequado para uma análise quantitativa de jurisprudência (SIRKIN, 2006). Com base nesse conjunto foi estabelecido um coeficiente, que mensura a segurança jurídica do crédito em cada um dos tribunais, tal como explicado na seção 3.3, “Avaliação do produto da reforma”.

O método qualitativo foi empregado para analisar, na forma de um estudo de caso (YIN, 2015), o teor da reforma ocorrida no setor habitacional. O estudo de caso pretendeu avaliar em que medida a reforma brasileira mostrou-se um caso típico, isto é, seguiu o padrão global de convergência para o mercado de capitais, ou apresentou características desviantes, com a prevalência de peculiaridades institucionais locais (SEAWRIGHT e GERRING, 2008). Para isso, foram adotados três parâmetros de análise: (i) a extensão resultante da participação da CEF na provisão de financiamento habitacional; (ii) a organização do *funding*, isto é, do modo de captação financeira do setor; e (iii) o teor de restrição ou de universalização dos novos dispositivos jurídicos, isto é, contratos e procedimentos de execução, para além dos limites do SFI.

A medida de participação da CEF e o tipo de *funding* são evidências que indicam o teor de mudança qualitativa introduzida pela reforma. O SFI foi concebido para suplantiar a primazia dos bancos públicos e de seus correspondentes mecanismos de financiamento, daí a razão de se analisar em que termos esses instrumentos foram substituídos ou alterados. O terceiro item da análise, qual seja, o grau de universalização dos novos dispositivos de maneira voluntária para além do SFI, revela se as novas ferramentas ficaram confinadas às atuações dos novos entrantes ou se também alcançaram os incumbentes, notadamente a CEF. Esse dado indica se os agentes incumbentes, encarregados da política habitacional e, originalmente, sem apelo de mercado, também se beneficiaram da reforma. Para a reconstrução qualitativa foram utilizados dados públicos, como os disponibilizados pelo Banco Central (BC), dados obtidos pela Lei de Acesso à Informação e referências secundárias da literatura.

## 2. FINANCIAMENTO HABITACIONAL: MODELOS DE CONTRATO E TIPOS DE ORGANIZAÇÃO FINANCEIRA

O setor habitacional apresenta características críticas para o ambiente financeiro, em razão do longo prazo de maturação dos empréstimos, do valor dos empreendimentos e do perfil dos tomadores de recurso – indivíduos ou famílias, ou seja, agentes econômicos vulneráveis às oscilações econômicas. Em razão disso, Carneiro e Goldfajn (2000, p. 6-7) e Carneiro e Valpassos (2003, p. 6-7) mapeiam diversos tipos de riscos associados aos financiamentos habitacionais, como risco de crédito, risco de preço, risco de descasamento, risco de liquidez e risco de pré-pagamento.

...

análises. Pesquisas realizadas nos tribunais em datas posteriores ou anteriores a essas podem encontrar resultados diferentes.

Para mitigar parte desses riscos, a literatura identifica diferentes alternativas jurídicas, que são confeccionadas de maneira ajustada aos diversos ambientes econômicos dos países.<sup>5</sup> Como sintetizado em trabalho anterior (SCHAPIRO e PEREIRA, 2019), as alternativas jurídicas de organização dos sistemas de financiamento habitacional compreendem as regras contratuais e os desenhos regulatórios. As regras contratuais dispõem sobre os termos substantivos e processuais da relação de crédito estabelecida entre os tomadores e os credores. O desenho regulatório, por sua vez, determina o modo de organização da poupança, a forma de alocação dos recursos e o tipo de agente financeiro encarregado dessa intermediação.

Nas economias mais estáveis, pouco sujeitas a oscilações macroeconômicas, o contrato típico conta com taxas de juros fixas, de modo que as condições de amortização financeira são definidas no momento da celebração do ajuste. É o caso do modelo contratual habitacional prevalecente nos Estados Unidos, em que a hipoteca prevê juros fixos (*fixed-rate mortgage* – FRM) (LEA, 2009, p. 50-52). Nas economias menos estáveis, por sua vez, as taxas de juros fixas podem tornar o contrato muito rígido no longo prazo, e por isso a literatura identifica como mais adequadas às hipotecas com taxa variável (*adjustable-rate mortgage* – ARM) (LEA, 2009, p. 52-56). Por fim, nas economias muito vulneráveis e ainda mais instáveis, os tipos frequentes de hipoteca são aqueles duplamente reajustados, isto é, os que combinam taxas de juros variáveis com indexadores incidentes sobre os saldos contratuais. Nesse caso, os indexadores atualizam tanto o valor monetário das prestações como os saldos devedores (*dual index mortgage* – DIM). O limite desse modelo é que, se ambos os índices (o da prestação e o do saldo) não forem compatíveis, as amortizações mensais podem não ser capazes de liquidar a dívida contraída, tornando exorbitante a quitação do saldo devedor. Este foi um motivo preponderante da crise financeira que engolfou o BNH durante a hiperinflação brasileira (ARAGÃO, 2007).

Além das formas de reajuste, o outro elemento central dos contratos de financiamento, conforme assinalam Schapiro e Pereira (2019), é a execução da inadimplência, que assegura justamente a credibilidade do contrato. Há duas possibilidades de execução de um contrato inadimplente: a via judicial e a via extrajudicial. A literatura reconhece a primeira possibilidade como sendo prevalecente nos países desenvolvidos, onde o funcionamento das cortes é percebido como mais efetivo (CHIQUELIER, HASSLER e BUTLER, 2009, p. 106-112). Nesses casos, compete aos credores acionar os devedores por intermédio do Judiciário, instaurando, assim, um processo que resultará no pagamento da dívida ou na retomada do imóvel. Entre outros, são os casos dos Estados Unidos e do Reino Unido.

Nos países em desenvolvimento, por sua vez, a percepção de funcionamento inadequado das cortes, tidas como incertas e lentas, tem levado a um reformismo isomórfico, pelo qual

• • •

5 Para uma descrição a respeito, ver Lea (2009, p. 50-62).

tem se propagado o modelo de execuções extrajudiciais.<sup>6</sup> Como relatam Chiquier, Hassler e Butler (2009, p. 106-112), por meio dessa alternativa, que é verificada em países como a Croácia, o Sri-Lanka, o Paquistão e o Brasil, a execução da dívida ocorre por meio de notários, encarregados de notificar o devedor e de determinar a retomada do imóvel em um curto espaço de tempo. Nessas economias, o Judiciário tem deixado de ser uma instância de mediação para temas atinentes às hipotecas.

Embora as formas de execução sejam tipicamente matéria processual, sua conformação tende a estar associada aos diferentes desenhos substantivos das hipotecas. A execução judicial é convergente com um contrato de dívida em que o tomador do crédito se torna o proprietário do imóvel financiado, sendo o imóvel gravado como uma garantia real – por sua vez, atribuída ao credor, para assim assegurar o pagamento. O processo judicial de cobrança da dívida consistirá, portanto, na execução da garantia real. É o que ocorre em uma hipoteca convencional. Já a execução extrajudicial é convergente com uma variedade de hipoteca em que a propriedade do imóvel permanece com o credor, que faculta ao tomador do crédito o uso do imóvel. Essa modalidade é conhecida na literatura como “*lease-purchase contract*” (LEA, 2009, p. 50-62), ou, ainda, como alienação fiduciária, no Brasil.<sup>7</sup> Trata-se de uma variedade de hipoteca entendida como mais segura para os credores, porque, diante de um inadimplemento, basta ao credor consolidar a propriedade que já detinha provisoriamente. Nesse caso, em regra, a consolidação da propriedade ocorre por um procedimento extrajudicial. Como assinalam Chiquier, Hassler e Butler (2009, p. 106-111), ajustes dessa natureza têm sido utilizados em países em desenvolvimento, como Rússia, Tailândia, Turquia e Brasil.

Os tipos de contratos e suas respectivas formas de execução estão listados no Quadro 1, a seguir.

...

- 6 Dübel e Walley (2009, p. 148): “clearly, inability to enforce efficiently through the courts – and parallel absence of meaningful pre-foreclosure arrangements – is a main reason behind the predominance of lease-purchase contracts in many emerging markets. In Brazil, approximately three-quarters of new housing transactions take place through lease-purchase; in Egypt, the share is approximately 90 percent”.
- 7 Formalmente, a hipoteca e a alienação fiduciária são equivalentes: enquanto a alienação fiduciária estabelece uma propriedade resolutiva para o credor, a hipoteca assegura a esse agente uma garantia real, ou seja, uma garantia com validade universal, não apenas pessoal. No entanto, há diferenças entre as modalidades, que se revelam na forma de execução da garantia. Em síntese, no contrato hipotecário o *status quo* atribui o direito para o devedor e o ônus de ação para o credor; já na alienação fiduciária a relação é invertida, o ônus de ação é do devedor e o direito de proprietário é do credor.

## QUADRO 1 – TIPOS DE CONTRATOS E FORMAS DE EXECUÇÃO

		GRAU DE ESTABILIDADE ECONÔMICA	
		ECONOMIAS ESTÁVEIS	ECONOMIAS INSTÁVEIS
<b>EFETIVIDADE JUDICIAL</b>	JUDICIÁRIO EFETIVO	CONTRATOS COM TAXAS FIXAS OU RENEGOCIÁVEIS	CONTRATO DUPLAMENTE INDEXADO (DIM)
		EXECUÇÃO JUDICIAL	EXECUÇÃO JUDICIAL
	JUDICIÁRIO NÃO EFETIVO	CONTRATOS COM TAXAS FIXAS OU RENEGOCIÁVEIS	CONTRATO DUPLAMENTE INDEXADO (DIM)
		EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL	EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Fonte: Elaboração dos autores.

Os diferentes tipos de contrato de hipoteca são manejados no âmbito de diferentes arquiteturas regulatórias de organização financeira. Tais arranjos são constituídos por três elementos nucleares: o tipo de poupança, o tipo de alocação do crédito e o tipo de agente encarregado da intermediação financeira. Em termos tipológicos, há duas modalidades de poupança, a voluntária e a compulsória, sendo esta última baseada em uma extração forçada de recursos, de maneira semelhante ao que ocorre na arrecadação tributária, enquanto a poupança voluntária é aquela obtida pela liberdade de disposição dos poupadores. Do mesmo modo, o crédito também pode ser de dois tipos: alocado livremente, quando os agentes financeiros decidem sobre a sua aplicação com base em avaliações de risco e retorno; ou direcionado por leis e regulamentos, situação em que a destinação do crédito visa a atender finalidades de política pública (CALOMIRIS e HIMMELBERG, 1994). Por fim, os agentes encarregados da intermediação dos recursos entre poupadores e tomadores podem ser os bancos públicos, as associações de poupança e empréstimo, os bancos privados e o mercado de capitais (LEA, 2009, p. 29-47; CHIQUIER, HASSLER e LEA, 2009, p. 293-323; HASSLER e RENAUD, 2009, p. 247-275).

Tendo por base as descrições de Lea (2009, p. 29-47), Hassler e Renaud (2009, p. 247-261) e Green e Watcher (2007), pode-se organizar a composição desses elementos em uma escala contínua de quatro tipos de arranjos financeiros: (i) sistemas de direção e propriedade estatal; (ii) sistemas de direção estatal e propriedade mista; (iii) sistemas associativos e bancários privados; e (iv) sistemas de integração entre bancos e mercados de capitais. Nessa escala, os tipos de organização são dispostos entre as extremidades de maior repressão e de maior liberalização financeira. A maior repressão financeira significa um arranjo com maior direção estatal na organização da poupança, no direcionamento da alocação dos recursos e na

intermediação entre poupadores e tomadores. *A contrario sensu*, o arranjo dotado de maior liberdade financeira é aquele em que a poupança, a alocação e a intermediação são baseadas na autonomia privada.

Os tipos de sistemas financeiros são apresentados no Quadro 2, a seguir.

QUADRO 2 – TIPOS DE SISTEMAS FINANCEIROS



Fonte: Elaboração dos autores.

O sistema de direção e propriedade estatal conta com a intermediação financeira conduzida por um banco público, com uma base financeira proveniente da poupança compulsória e com a alocação direcionada dos recursos. A destinação financeira não é mediada pelos critérios de risco e de retorno, mas sim pelas opções de política assentadas nas respectivas balizas normativas das autoridades monetárias. Nesse modelo, a poupança não só é obtida de maneira compulsória, como o custo de sua utilização é disciplinado por taxas de juros definidas pelas autoridades monetárias (taxas discricionárias), com valores usualmente inferiores aos de mercado. Com isso, esse arranjo conta com menor restrição de *funding* (detém maior elasticidade financeira). Por outro lado, o modelo pode sujeitar-se a alocações financeiras distorcidas e, no limite, apresentar problemas de inadimplência decorrentes do direcionamento político do crédito.

O sistema de direção estatal e propriedade mista consiste em um direcionamento do crédito por meio das autoridades monetárias, mas a sua intermediação é feita por bancos públicos ou privados. Nesse arranjo, estão presentes ambas as formas de poupança: a voluntária e a compulsória. A viabilidade do direcionamento dos recursos com o uso de poupança voluntária impõe um maior cuidado no manejo das regras de direcionamento, já que esses recursos demandam um retorno competitivo. Nesse modelo também há propensão à elasticidade, em virtude da composição dos recursos de poupança, que contam com uma base ampla (compulsórios e voluntários). Apesar disso, o seu funcionamento pode igualmente sujeitar-se aos problemas de distorção na alocação financeira e, ademais, os imperativos de retorno apresentados pela poupança voluntária podem condicionar um direcionamento regressivo

do crédito, com o atendimento a uma clientela com maior poder aquisitivo em detrimento de consumidores mais pobres.

Diferentemente dos modelos anteriores, o sistema associativo e bancário conta com poupança voluntária e com a alocação livre do crédito. Nesse arranjo, há dois tipos de intermediários: as associações e os bancos, cujas diferenças implicam em maior ou menor restrição financeira. As associações de poupança e empréstimo têm seu *funding* baseado nas disponibilidades de seus associados, e a aplicação dos recursos atende prioritariamente às demandas de financiamento desses sócios. Em comparação aos modelos anteriores, as associações de poupança e empréstimo enfrentam maiores restrições financeiras (menor elasticidade), na medida em que sua base de poupança é restrita a seus associados. Por essa razão, uma alternativa a essas associações são os bancos, que igualmente contam com poupança voluntária e alocação livre, mas se sustentam em uma base financeira mais diversificada. Os bancos tendem a vivenciar menores riscos de *mismatch* financeiro<sup>8</sup> do que as associações. Mesmo assim, eles também padecem de restrições financeiras em algum nível, já que os depósitos são de curto prazo, e os empréstimos (sobretudo habitacionais), de longo prazo.

Por último, o quarto tipo de arranjo financeiro é o de integração entre os bancos e o mercado de capitais. Nesse modelo, os contratos de financiamento bancário, estruturados por meio de hipotecas, são securitizados, ou seja, são cedidos a companhias securitizadoras, as quais emitem valores mobiliários lastreados no crédito a ser recebido pelos bancos. Com isso, a operação original de crédito habitacional, estabelecida entre o tomador e o banco, gera um mercado secundário de títulos, que conta com a negociação entre a securitizadora e os investidores. A integração do crédito bancário com um mercado secundário representa um ganho de elasticidade financeira para os provedores de capital, porque a capacidade de empréstimo dos bancos não fica restrita à sua própria base financeira. Nesse arranjo, a cessão do crédito para a securitizadora funciona como uma fonte alternativa de *funding*. Em relação ao arranjo anterior, o modelo de integração conta, portanto, com maior diversificação das fontes financeiras. Já em contraste com os primeiros arranjos, baseados na direção estatal, o modelo de mercado pode garantir uma alocação menos distorcida por critérios de política. Por outro lado, pode incorrer em uma autonomização exacerbada da operação financeira, em razão da busca de retorno, relegando o financiamento real das habitações a um segundo plano.

A efetividade dos contratos, garantida pelos desenhos adequados de taxas de juros, de segurança do crédito e de execução da dívida, nos termos descritos anteriormente, é um elemento

...

<sup>8</sup> O *mismatch* financeiro é o desencontro entre o longo prazo de retorno dos recursos disponibilizados pelas instituições financeiras e a necessidade presente de liquidez dessas instituições para saldar as operações financeiras atuais.

indispensável para todas essas modalidades organizacionais, na medida em que a inadimplência é um problema para a sustentabilidade de todos os sistemas financeiros. No entanto, quanto mais os arranjos afastam-se da repressão financeira e aproximam-se da liberalização, mais relevantes passam a ser os atributos de segurança do crédito. Na integração com o mercado de capitais, em particular, a segurança do retorno é uma variável crítica, já que toda a cadeia de financiamento está estruturada na expectativa de retorno dos recebíveis. Por isso, as reformas financeiras tendentes à liberalização são associadas a reformas jurídicas de segurança do crédito, tendo como objeto o desenho das garantias contratuais e a forma de execução dos inadimplentes. Foi o que aconteceu no Brasil, com o SFI.

### **3. REFORMA HABITACIONAL BRASILEIRA: CRISE DO SFH E CRIAÇÃO DO SFI**

Em sintonia com a globalização dos mercados de capitais, o sentido das reformas institucionais ocorridas nos arranjos habitacionais de diversos países foi o de favorecer uma transição de sistemas financeiros estatais ou daqueles baseados em associações e bancos locais para configurações dotadas de maior liberalização financeira. Com isso, os sistemas financeiros habitacionais, originalmente dirigidos ou segmentados em circuitos privados e estreitos, foram desregulados e orientados para uma aproximação com os canais de financiamento do mercado de capitais. As seções a seguir reconstroem a reforma brasileira, destacando os instrumentos jurídicos de segurança do crédito que foram introduzidos pelas Leis n. 9.514/1997 e n. 10.931/2004. Além disso, a seção 3.3 apresenta uma avaliação do produto da reforma, em termos de segurança jurídica, e de seu resultado, em termos da mudança do modo de financiamento.

#### **3.1. ANTECEDENTES DA REFORMA: DO SFH AO SFI**

Na história habitacional brasileira, o período anterior ao SFI tinha outro protagonista, o SFH, de cujos limites resultou o esforço reformista dos anos 1990 e 2000. O SFH havia sido instituído em 1964, com a promulgação da Lei n. 4.380, e apresentava as características de um sistema financeiro de direção e propriedade mista, contando com contratos de hipoteca, duplamente indexados.

O *funding* do SFH decorria de duas modalidades paralelas de poupança: a voluntária e a compulsória. A voluntária, prevista pela Lei n. 4.380/1964, contava com recursos do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) – caderneta de poupança e letras imobiliárias. A poupança compulsória, por sua vez, foi constituída pelos recursos do FGTS, instituído pela Lei n. 5.107/1966. Nesse caso, o montante arrecadado tinha uma origem obrigatória, por meio de uma extração de natureza parafiscal sobre a renda dos trabalhadores. Os recursos do SFH, tanto os voluntários como os compulsórios, eram alocados para a habitação, de maneira dirigida, pelos bancos estatais e pelas instituições financeiras privadas, como as sociedades de crédito imobiliárias.

Tanto os bancos estatais como as instituições privadas estavam sujeitos à governança de uma entidade de cúpula, o Banco Nacional da Habitação (BNH). Como explica Aragão (2007), que foi o último presidente do BNH, competia ao banco uma miríade de funções, que incluíam atribuições regulatórias, de fomento e o exercício de autoridade monetária. Como regulador, competia-lhe o monitoramento do direcionamento do crédito para habitação, ou seja, a obrigação de que um percentual mínimo das poupanças (voluntárias e compulsórias) fosse dirigido para o financiamento habitacional. Nesse papel, também cabia ao BNH toda a regulação do setor, incluindo autorizações para a emissão de letras hipotecárias e a disciplina da correção monetária dos contratos. Na qualidade de banco de fomento, o BNH garantia recursos para habitação popular, emprestando montantes para as companhias estaduais e municipais de habitação (Cohabs), e também repassava recursos para os bancos privados, funcionando, assim, como um banco de segunda linha. Nessa função de fomento, também financiava investimentos públicos em infraestrutura urbana, notadamente no setor de saneamento. Por fim, cabia ainda ao BNH atuar como uma espécie de autoridade monetária da habitação, desempenhando o papel de um emprestador de última instância, uma vez que provia liquidez às instituições financeiras do sistema – função típica do BC (ARAGÃO, 2007).

Dados apresentados por Royer (2009, p. 65) revelam que, entre 1964 e 1986, esse arranjo financiou cerca de 4,5 milhões de unidades. A título de comparação, as iniciativas anteriores de financiamento habitacional, como os Institutos de Previdência (IAPs) e a Fundação da Casa Popular (FCP), vigentes entre 1930 e 1964, deram ensejo a cerca de 170 mil unidades residenciais, novas ou usadas (ARAGÃO, 2007).

Em comparação com os IAPs e a FCP, o SFH apresentava inovações institucionais relevantes. Destaca-se, em especial, a previsão da correção monetária, na forma de uma dupla indexação (*dual index mortgage*), incidente sobre as prestações e sobre o saldo devedor, e o fato de o SFH contar com uma estrutura financeira perene, amparada nos sistemas de poupança, e que, portanto, era extraorçamentária. Ambas as inovações procuravam contornar os problemas financeiros que haviam limitado a capacidade dos IAPs e da FCP, notadamente a corrosão inflacionária e os contingenciamentos orçamentários (ARAGÃO, 2007, p. 66-76).

Nos anos 1980, todavia, em razão da política salarial e da aceleração inflacionária, houve um descompasso entre o reajuste dos salários e o dos financiamentos habitacionais, o que paulatinamente comprometeu a sustentabilidade financeira do sistema. Nem mesmo as cláusulas de correção foram capazes de manter o equilíbrio do SFH. O ponto agudo da crise veio com a judicialização do conflito entre os mutuários e o BNH, que gerou um contencioso de massa, uma verdadeira batalha judicial, nos termos de Aragão (2007, p. 276-429). As decisões firmaram o entendimento contrário às regras de correção monetária empregadas pelo banco e inviabilizaram a sequência de sua atividade. Tanto o Tribunal Federal de Recursos como, depois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram em favor do princípio *pacta sunt servanda* e descartaram a legalidade da correção monetária definida pelo BNH nos anos 1980, chegando a questionar inclusive o seu poder normativo (ARAGÃO, 2007, p. 276-429).

Assolado por um passivo financeiro expressivo, ocasionado pelas perdas acumuladas com a elevada inflação contabilizada no período, o BNH foi extinto em 1986 (AZEVEDO, 1988, p. 108-109).

Com isso, no plano do desenho institucional, o SFH seguiu à deriva, com suas atribuições sendo paulatinamente realocadas no bojo do sistema financeiro (Decreto-lei n. 2.291/1986) – a CEF herdou as atribuições do BNH de banco de desenvolvimento urbano, o Conselho Monetário Nacional (CMN) passou a desempenhar as funções regulatórias do setor e o BC concentrou as atividades de prestador de última instância.

Já no plano das relações sociais, segundo relata Maricato (1998), o fim do BNH deu causa a uma rearticulação dos diversos setores da sociedade, ombreando empresários, sindicatos, movimentos populares e associações, que se mobilizaram para influir na definição de uma nova proposta de política para o setor. Em razão da ausência de modelos, o início dos anos 1990 apresentou-se como uma fértil conjuntura para o segmento habitacional, na qual interesses dos mais distintos estavam contrapostos e em debate com vistas à constituição de um novo marco regulatório (MARICATO, 1998).

Entretanto, a despeito da densidade política e da pluralidade de visões que movimentava a disputa pela definição da nova política habitacional, a agenda institucional resultante deu causa a um vetor de reforma mais estreito (MARICATO, 1998). As múltiplas tensões estabelecidas entre os diversos grupos de interesse, como os setores da moradia popular, da construção civil, da reforma urbana e do sistema financeiro, foram equacionadas em uma proposta orientada a promover os interesses vinculados ao mercado, imobiliário e mobiliário. A marca mais importante dessa transição foi a aprovação, em uma tramitação relativamente rápida, de uma proposta patrocinada pela Abecip. Projetava-se, assim, um novo rumo para o financiamento habitacional e imobiliário. A proposta de reforma nascia seguindo uma interação de agentes locais, mas seus mecanismos apresentavam franca sintonia com reformas similares ocorridas naquele contexto em diversos outros países em desenvolvimento.

### 3.2. A REFORMA E AS ENGRENAGENS DO SFI

Foi diante desse panorama que, em 1997, o financiamento habitacional foi objeto de uma ampla reorganização, da qual resultou a instituição do SFI, paralelamente à manutenção do SFH, cujas regras e cujos modelos contratuais seguiram em vigência, sugerindo uma estratégia de reforma econômica gradual, por camadas, nos termos de Streeck e Thelen (2005, p. 16-33), como será discutido a seguir.

O objetivo principal era constituir bases institucionais alternativas às do SFH, de modo a favorecer uma organização de liberalização financeira, com as seguintes características:

•••

9 Para uma descrição a respeito, ver Royer (2009), Carneiro e Valpassos (2003), Fix (2011) e Gomes (2015).

(i) articulação entre os financiamentos imobiliários e as atividades do mercado de capitais;<sup>9</sup> (ii) liberdade de contratação entre as partes, sem a previsão de limites regulatórios para as taxas de juros; (iii) ausência de disposições de direcionamento do crédito e de recursos compulsórios de poupança (CARNEIRO e VALPASSOS, 2003). A seguinte passagem da exposição de motivos do projeto de lei, que resultou na Lei n. 9.514/1997, sintetiza o modelo:

O presente projeto de lei orienta-se segundo as diretrizes de desregulamentação da economia e modernização dos instrumentos e mecanismos de financiamento à atividade produtiva. Seu objetivo fundamental é estabelecer as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento de um mercado de financiamento imobiliário, para o que se criam novos instrumentos e mecanismos que possibilitam a livre operação do crédito para o setor e a mobilização dos capitais necessários à sua dinamização. Destaca-se a criação da figura de um novo título de crédito, característico e destinado às operações do mercado secundário. A criação da figura desse novo título vem acompanhada da definição das condições legais para a efetiva securitização de créditos imobiliários, previstos rigorosos mecanismos de segurança e proteção ao investidor. Dessa forma, abrem-se perspectivas inéditas para o funcionamento de um mercado secundário de créditos imobiliários e a estruturação de operações de captação de recursos capazes de robustecer grandemente o financiamento habitacional. (BRASIL, 1997, p. 23-24)

A conjugação entre o financiamento imobiliário e o mercado de capitais demandou a constituição de um padrão de segurança jurídica mais robusto do que o disponível nas regras gerais de propriedade e contrato existentes. Promulgada no conjunto de uma série de iniciativas de promoção do mercado de crédito, como destaca Fabiani (2011), a Lei n. 9.514/1997 instituiu a alienação fiduciária para bens imóveis, oferecendo, assim, mais garantias aos credores. Com isso, o financiador do empreendimento passou a ser o proprietário do bem imóvel, com uma condição resolutiva: se e quando a dívida de aquisição do imóvel for paga, essa propriedade se resolve em benefício do adquirente do imóvel. No entanto, se a dívida não for paga, o financiador toma a propriedade do bem imóvel, devendo levá-lo a leilão e aliená-lo em evento aberto ao público.<sup>10</sup>

No desenho da reforma, o reforço de segurança jurídica obtido pela alienação fiduciária foi incrementado por outros dois dispositivos jurídicos. O primeiro deles é o regime fiduciário, que teve ainda um desdobramento com a criação do patrimônio de afetação. O segundo dispositivo é a forma de execução da inadimplência e de contestação judicial, do que resulta uma restrição do Judiciário como arena de mediação dos interesses.

•••

<sup>10</sup> Arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997.

O regime fiduciário é previsto no art. 9º da Lei n. 9.514/1997.<sup>11</sup> Por essa disciplina, os títulos emitidos pelas companhias securitizadoras, com base nos contratos imobiliários, podem ser declarados unilateralmente como negócios fiduciários, isto é, as suas obrigações destacam-se do conjunto patrimonial da companhia. Assim, os títulos adquirem uma proteção contra problemas de solvência da securitizadora, ou seja, os seus eventuais compradores não estarão sujeitos a um concurso de credores se a companhia vier a sofrer um processo falimentar. Uma lógica semelhante aplica-se ao patrimônio de afetação, instituído pela Lei n. 10.931/2004 (ROYER, 2009, p. 117-121). O instituto, introduzido como uma reação à falência de uma grande incorporadora, a Encol, garante a segregação dos empreendimentos imobiliários em relação ao patrimônio da construtora e da incorporadora. Com isso, o empreendimento imobiliário e seus beneficiários, sejam eles os adquirentes ou os demais investidores (compradores de títulos financeiros lastreados nesses contratos), são salvaguardados na hipótese de eventual falência das empresas de construção e incorporação (ROYER, 2009, p. 117-121).

A garantia de propriedade do credor e dos investidores, decorrente do contrato de alienação fiduciária e do regime fiduciário, foi reforçada pelo processo de execução da inadimplência. A Lei n. 9.514/1997 manteve as bases de um procedimento previsto no Decreto-lei n. 70, que estabelece uma execução extrajudicial do devedor. No caso de inadimplência do tomador do recurso, ele será intimado pelo oficial de registro de imóveis para quitar a dívida no prazo de 15 dias. Caso não o faça, a propriedade é consolidada em nome do credor, que em 30 dias deve levar o imóvel a leilão em hasta pública e submetê-lo a até dois leilões.<sup>12</sup>

A exclusão do Judiciário do processo de execução foi ainda robustecida pelo art. 50 da Lei n. 10.931/2004, que estabeleceu uma barreira à entrada para a judicialização dos financiamentos habitacionais. Trata-se da regra do “valor incontroverso”, segundo a qual, se houver controvérsia no valor devido, os valores incontroversos não podem ter seu pagamento parcelado, e a contenda judicial deve se ater apenas ao valor controvertido. Segundo essa norma (art. 50), compete ao autor estabelecer, na petição inicial, sob pena de inépcia, quais são os valores incontroversos, devendo ainda depositar o valor controvertido. Ademais, como assinala Gomes (2015), o art. 50 é reforçado pelo art. 49 da mesma lei. Enquanto o art. 50 limita o acesso ao Judiciário, impondo ao autor (devedor do financiamento) o ônus do pagamento do valor incontroverso, o art. 49 dispõe que a eventual medida liminar, que tenha sido concedida em favor do devedor, pode ser revogada, caso ele não pague tempestivamente os valores

...

11 Para uma boa descrição a respeito, ver Gomes (2015).

12 Diferentemente do contrato de hipoteca previsto na Lei n. 4.380, na alienação fiduciária o valor arrecadado no leilão quita a dívida, mesmo se o montante recebido pelo credor for menor que o saldo devedor – é uma modalidade *non-recourse loan*.

incontroversos. Ao limitar o uso do Judiciário como arena de proteção dos devedores, os marcos reguladores do SFI procuraram se afastar do precedente institucional do BNH, que padeceu em função de uma judicialização de seus contratos. O Quadro 3, a seguir, resume as principais disposições introduzidas pelo SFI.

### QUADRO 3 – NOVOS DISPOSITIVOS JURÍDICOS

	SFH (PRÉ-REFORMA)	SFI
REGRAS SUBSTANTIVAS	HIPOTECA CONVENCIONAL	ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
	-	REGIME FIDUCIÁRIO
REGRAS PROCESSUAIS	RETOMADA JUDICIAL DO BEM (EVENTUALMENTE EXTRAJUDICIAL)	RETOMADA EXTRAJUDICIAL DO BEM
	JUDICIÁRIO OCUPAVA PAPEL-CHAVE NA MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS	BARREIRAS À ENTRADA NO JUDICIÁRIO

Fonte: Elaboração dos autores.

Como assinalado, o reforço substantivo e processual da segurança dos credores está associado ao modelo de *funding* projetado pela Lei n. 9.514/1997. No lugar do SBPE e do FGTS, o desenho do SFI propugnava a formação de um mercado de hipotecas, de modo que os contratos imobiliários serviriam de lastro para a emissão de valores mobiliários, de cuja comercialização em mercado adviriam os recursos para novos empreendimentos. Nessa operação, um contrato de financiamento feito por um banco é cedido onerosamente para uma companhia securitizadora, que, por meio de um termo de securitização, emite um Certificado de Recebível Imobiliário (CRI) – a ser oferecido no mercado de capitais. A exposição de motivos do então projeto de lei explicava o modelo de *funding* proposto:

O *funding* primário para essas operações consistirá de recursos que as entidades mencionadas captam no mercado financeiro e de valores mobiliários, mediante instrumentos próprios, dentre os quais se incluem letras hipotecárias e debêntures. Essas entidades poderão realizar financiamentos imobiliários em geral, segundo condições de mercado, utilizando, para tanto, as modalidades contratuais já tipificadas no ordenamento civil e comercial. [...] Para alavancar o mercado secundário de créditos imobiliários, o

projeto de lei ora apresentado define uma nova modalidade de empresa – a companhia securitizadora imobiliária, organizada sob a forma de sociedade por ações, segundo modelo adotado com sucesso em outros países. Essa companhia irá operar mediante aquisição de créditos imobiliários junto às empresas originadoras desses créditos, isto é, aquelas que operam na realização de empréstimos para a aquisição ou produção de imóveis. (BRASIL, 1997, p. 24)

A variável crítica desse arranjo, portanto, é a segurança do contrato de financiamento. Se houver uma inadimplência elevada das dívidas bancárias, o fluxo de pagamentos dos recebíveis aguardado pelos compradores de CRIs ficará aquém de suas expectativas. A consequência disso é o menor interesse na aquisição de novos CRIs pelos investidores e, portanto, o menor interesse das securitizadoras na aquisição das dívidas bancárias. A próxima seção procurará testar a efetividade das inovações jurídicas, avaliando o quanto os tribunais são responsivos à segurança do crédito.

### 3.3. AVALIAÇÃO DO PRODUTO DA REFORMA

A avaliação da reforma habitacional no que tange a seu produto, isto é, à provisão da segurança jurídica para o credor, foi realizada por meio de uma análise das respostas judiciais obtidas pelas disputas entre credores e devedores. A análise da segurança jurídica não se preocupou em avaliar a consistência das decisões dos tribunais, ou seja, não se dedicou a avaliar se as cortes são fiéis a seus precedentes ou se julgaram com qualidade dogmática. O propósito foi o de mensurar o quanto da promessa legislativa de segurança jurídica aos credores tem sido confirmada pelos tribunais.

Nesse sentido, um primeiro passo da análise diz respeito ao montante de recursos encontrados nos tribunais. Em razão das severas limitações de acesso ao Judiciário, estabelecidas pelas leis da reforma habitacional, como a execução extrajudicial e a disciplina do incontrolado, a expectativa era a de que o montante da judicialização dessa política pública fosse comparativamente menor do que o encontrado em outras áreas de direitos sociais. Essa hipótese foi confirmada: apesar da norma constitucional, disposta no art. 5º, inciso XXXV, que garante amplo acesso ao Judiciário, e por isso poderia representar uma limitação aos propósitos das leis habitacionais, o número de recursos encontrados – 1.007 – em 20 anos não parece ser elevado. Esta é uma primeira indicação de que a política de segurança jurídica das leis habitacionais teve êxito ao estabelecer “barreiras à entrada” ao Judiciário.

Entre esses 1.007 recursos, dois tipos de ação são proeminentes, representando um montante superior a 90% do banco de dados: agravos de instrumento e apelações cíveis.<sup>13</sup> Os

...

13 Os demais tipos de ações foram descartados da análise.

agravos e as apelações foram divididos em dois grandes conjuntos: (i) o de recursos interpostos pelos bancos (credores), isto é, recursos em que as instituições financeiras figuravam no polo ativo da ação proposta para a decisão dos tribunais; e (ii) o de recursos interpostos pelos devedores, isto é, recursos em que os bancos figuravam como polo passivo da ação proposta para a decisão dos tribunais.

O fato de a instituição financeira figurar no polo ativo ou no polo passivo nos recursos encontrados nos tribunais é um indicador de sucesso (banco recorrido) ou de insucesso (banco recorrente) do credor na primeira instância, que, em sua maior parte, decide sobre ações de impugnação da execução do bem ou da realização do leilão. Assim, a segunda hipótese da análise era a de que a posição mais frequente seria aquela em que o banco figurasse no polo passivo no tribunal, o que indicaria o seu êxito na primeira instância. Além disso, também era esperado que, na segunda instância, no tribunal, a decisão obtida fosse favorável ao credor, ou seja, decisões pela improcedência no caso de recursos interpostos pelos devedores e decisões pela procedência no caso de recursos interpostos pelos bancos.

Os dados coletados sustentam essa segunda hipótese. Conforme indica o Quadro 4, a seguir, os bancos figuram majoritariamente no polo passivo, tanto no caso dos agravos como no das apelações. No caso dos agravos, os bancos figuraram como recorridos em 341 recursos, contra 101 em que foram recorrentes. Entre as apelações, o quadro se repetiu: os bancos foram apelantes em 99 casos e apelados em 466.

Por fim, o resultado obtido nos tribunais também evidencia uma primazia dos credores sobre os devedores. Entre os 442 agravos analisados, os bancos obtiveram êxito em 287 decisões, contra 155 resultados positivos dos devedores, uma taxa de êxito de aproximadamente 65%. Entre as 565 apelações, os bancos foram vencedores em 433 decisões, contra 132 recursos favoráveis aos devedores, uma taxa de sucesso de 76%.

#### QUADRO 4 – RECURSOS DE BANCOS

TRIBUNAIS	N.	AGRAVOS (AG)				APELAÇÕES (AP)			
		BANCO RECORRENTE		BANCO RECORRIDO		BANCO RECORRENTE		BANCO RECORRIDO	
		PROVIDO	NÃO	PROVIDO	NÃO	PROVIDO	NÃO	PROVIDO	NÃO
TRF-1	46	0	0	0	1	2	7	7	29
TRF-2	198	4	2	2	25	6	8	16	135
TRF-3	255	9	14	4	112	1	9	3	103

(continua)

TRIBUNAIS	N.	AGRAVOS (AG)				APELAÇÕES (AP)			
		BANCO RECORRENTE		BANCO RECORRIDO		BANCO RECORRENTE		BANCO RECORRIDO	
		PROVIDO	NÃO	PROVIDO	NÃO	PROVIDO	NÃO	PROVIDO	NÃO
TRF-4	300	4	12	60	83	7	28	18	88
TRF-5	40	2	2	1	4	3	4	4	20
TJSP	150	13	35	21	26	6	9	12	28
TJRJ	5	0	0	0	0	1	4	0	0
TJRS	6	4	0	1	0	0	0	0	1
TJDF	7	0	0	1	0	2	2	1	1
		36	65	90	251	28	71	61	405
		101	341	99	466				
<b>TOTAL</b>	1.007	442				565			

Fonte: Elaboração dos autores.

Além de uma análise geral sobre as decisões, a avaliação da segurança jurídica também foi realizada por uma segunda medida, qual seja, um coeficiente de segurança, com a finalidade de ponderar as posições de cada um dos tribunais. O coeficiente de segurança oferece uma métrica mais objetiva de mensuração para a segurança jurídica do crédito por tribunal.

O coeficiente considera como elemento negativo o fato de uma ação ter sido proposta e como elemento positivo a existência de uma decisão favorável à instituição financeira. A existência de uma ação é um elemento negativo porque indica a inclusão do Judiciário em um modelo desenhado para evitar a judicialização do financiamento. O índice é estruturado pelos quatro elementos a seguir:

**a) Taxa de Litigiosidade Ativa do Tribunal (TLA):** obtida pela razão entre o total de recursos em que as instituições financeiras são polo ativo e a quantidade de recursos (agravos/apelações) de um mesmo tribunal, cujo tema é o SFI. Essa taxa mensura o quanto os bancos litigaram no polo ativo pelo SFI no tribunal e indica um comportamento

anormal em função da expectativa estipulada de que os credores não precisariam recorrer ao Judiciário para fazer valer o seu direito.

**b) Taxa de Litigiosidade Passiva do Tribunal (TLP):** obtida pela razão entre o total de recursos em que as instituições financeiras são polo passivo e a quantidade de recursos (agravos/apelações) de um mesmo tribunal, cujo tema é o SFI. Essa taxa mensura o quanto os bancos litigaram no polo passivo pelo SFI no tribunal.

**c) Taxa de Sucesso Ativa (TSA):** obtida pela razão entre o total de recursos (agravos/apelações) julgados favoravelmente às instituições financeiras, quando elas foram proponentes do recurso (proponente), em relação ao total de recursos no tribunal em que os bancos foram proponentes. Esse índice busca mensurar, no tribunal, a quantidade de recursos em que os bancos foram vitoriosos, tendo como parâmetro a quantidade de recursos propostos pelos próprios bancos.

**d) Taxa de Sucesso Passiva (TSP):** obtida pela razão entre o total de recursos (agravos/apelações) julgados favoravelmente às instituições financeiras, quando elas foram o polo passivo do recurso, em relação ao total de recursos no tribunal em que os bancos foram recorridos. Esse índice busca mensurar a quantidade de recursos em que os bancos foram derrotados, tendo como parâmetro a quantidade de recursos propostos contra os bancos.

Assim, os índices (a) e (b) mensuram, em cada tribunal, o grau de judicialização do SFI, levando em consideração a participação das instituições financeiras na ação judicial, seja no polo ativo ou passivo. Os indicadores (c) e (d) mensuram qual a taxa de sucesso nas ações em que os bancos são parte, já que não foi possível evitar a judicialização. A expectativa era a de que a taxa de sucesso dos bancos fosse superior à taxa de insucesso. Estabelecidos os indicadores, o cálculo do coeficiente de insegurança jurídica no SFI é dado por:

**Coeficiente de insegurança do SFI:  $(TLA - TSA) + (TLP - TSP)$   
\* $(TLA \text{ e } TLP > 0)$**

Cada um dos indicadores (a; b; c; d) vai de 0 a 1 (zero a um). Logo, o coeficiente de insegurança do SFI varia em uma escala que vai de -2 (menos dois) até 2 (dois).<sup>14</sup> Quanto mais

...

14 Como a regra de validade da equação é que TLA e TLP sejam maiores do que zero, sabemos que o valor máximo nunca atingirá exatamente os valores máximos -2 ou 2; podendo, matematicamente e em situações

próximo de -2, maior a segurança do credor (mais seguro é o tribunal), ao passo que, quanto mais próximo de 2, menor a segurança do credor (mais inseguro é o tribunal). A escala de qualificação está detalhada no Quadro 5, a seguir. Com base nele e nos valores obtidos no cálculo do coeficiente de segurança, os tribunais foram classificados em um dos seguintes sete tipos: extremamente seguro; muito seguro; seguro; relativamente seguro; inseguro; muito inseguro; extremamente inseguro (Quadro 6).

#### QUADRO 5 – ESCALA DE QUALIFICAÇÃO DO COEFICIENTE DE INSEGURANÇA

VALOR	QUALIFICAÇÃO
[-2 ATÉ -1,5]	CRÉDITO EXTREMAMENTE SEGURO (MENOR INSEGURANÇA)
] -1,5 ATÉ -1,0]	MUITO SEGURO
] -1 ATÉ 0]	SEGURO
] 0 ATÉ 0,5]	RELATIVAMENTE SEGURO
] 0,5 ATÉ 1,0]	INSEGURO
] 1,0 ATÉ 1,5]	MUITO INSEGURO
] 1,5 ATÉ 2]	EXTREMAMENTE INSEGURO (MAIOR INSEGURANÇA)

Fonte: Elaboração dos autores.

...

extremas, no máximo alcançar um valor muito próximo desses limites. Entretanto, optamos por estabelecer esses limites fictícios por sua proximidade com os valores passíveis de serem atingidos e para facilitar a interpretação do coeficiente.

## QUADRO 6 – CLASSIFICAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS

TRIBUNAIS	TOTAL DE AÇÕES	COEFICIENTE DE INSEGURANÇA JURÍDICA	QUALIFICAÇÃO
TJRJ	5	0,80	INSEGURO
TJRS	6	-0,50	SEGURO
TJDF	7	0,17	RELATIVAMENTE SEGURO
TRF-5	40	-0,28	SEGURO
TRF-1	46	-1,20	MUITO SEGURO
TJSP	150	0,08	RELATIVAMENTE SEGURO
TRF-2	198	-0,40	SEGURO
TRF-3	255	-0,27	SEGURO
TRF-4	300	0,09	RELATIVAMENTE SEGURO

Fonte: Elaboração dos autores.

Como é possível extrair da leitura do quadro, dos nove tribunais, cinco garantem segurança para as instituições financeiras, e, deles, quatro são TRFs, com destaque para o TRF-1, considerado muito seguro. Esses tribunais concentram, juntos, mais de 53% das ações. Como os litígios que envolvem a CEF são de competência do TRF, e não dos TJs, é possível afirmar que a CEF possui segurança jurídica para realizar as suas transações. A única exceção foi TRF-4, que, de acordo com os valores da escala, figurou na classificação como “relativamente seguro”, mas com um valor de coeficiente muito baixo (0,09), situando-o muito próximo do limiar “seguro”.

Também com um valor de coeficiente de insegurança muito baixo (0,08), igualmente próximo do limiar “seguro”, figura o TJSP. O estoque do TRF-4 somado ao do TJSP indica que 44% dos recursos transcorreram em um ambiente “relativamente seguro” e muito próximo da marca “seguro”. Assim, pode-se entender que os bancos litigaram com moderada ou alta segurança jurídica em aproximadamente 97% dos recursos envolvendo o SFI, e, nesse universo, em 53% dos recursos a segurança jurídica atinge o “seguro” e o “muito seguro”.

### 3.4. AVALIAÇÃO DO RESULTADO DA REFORMA

Percorrida a descrição do produto da reforma, esta seção avalia o seu resultado institucional, ou seja, volta-se a analisar o grau de privatização do financiamento habitacional. Embora a introdução do SFI não tenha revogado o SFH, o propósito da reforma era o de que essa dualidade viesse a ser diluída em função de uma expansão do SFI, resultando em um novo arranjo institucional.

Para análise qualitativa, foram adotados três parâmetros: (i) a participação da CEF na provisão de financiamento habitacional, pós-introdução do SFI; (ii) a mudança ou a manutenção do tipo de *funding*; (iii) o grau de universalização ou de restrição dos novos dispositivos jurídicos.

Com relação à participação da CEF, os dados coletados apontam que o banco continua desempenhando um papel proeminente na provisão do crédito habitacional. A maior parte dos financiamentos habitacionais, seja na faixa do SFH, seja na do SFI, tem o banco público como credor, que responde por uma participação de mercado expressiva. O Relatório de Economia Bancária do Banco Central indica que, nos últimos quatro anos, a CEF apresentou uma participação de mercado regular, estabelecida em torno dos 70% (Quadro 7).

QUADRO 7 – PARTICIPAÇÃO DE MERCADO NO ESTOQUE DE CRÉDITO POR BANCO/ANO (%)

	2015	2016	2017	2018
CEF	67,28	68,17	69,96	69,99
BANCO DO BRASIL	8	7,86	7,75	8,2
ITAÚ	7,55	7,26	7,06	7,94
BRADESCO	6,18	7,1	6,8	6,99
SANTANDER	5,86	5,73	5,08	5,28
OUTROS BANCOS	4,88	3,57	3,06	1,29
CRÉDITO DE INSTITUIÇÕES NÃO BANCÁRIAS	0,25	0,31	0,3	0,27
COOPERATIVAS	0	0	0	0,02
BANCOS DE INVESTIMENTOS	0	0	0	0,02
BANCOS DE DESENVOLVIMENTO	0	0	0	0

Fonte: Elaboração dos autores a partir de dados do Banco Central do Brasil disponíveis em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: 28 out. 2019.

Além disso, desde 2009 a participação da CEF apresentou um incremento substantivo, com a implementação do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV). Instituído pela Lei n. 11.977/2009, o PMCMV é voltado para famílias de baixa renda, ou seja, famílias cuja renda mensal é limitada a R\$ 6.500,00.<sup>15</sup> A CEF é, nos termos da lei do programa, o seu agente operador. Com isso, atua como financiadora tanto dos mutuários que têm condições de pagar pelas prestações como daqueles beneficiários de renda mais baixa (faixa 1), que não contam com a possibilidade de pagar o financiamento.<sup>16</sup> Nesse caso, os recursos da subvenção, que permitem a provisão de moradia para beneficiários de menor renda, vêm das disponibilidades financeiras do FGTS (aplicações a fundo perdido) (ROYER, 2009), e também do orçamento da União.<sup>17</sup> Nas faixas 2 e 3, mais altas, a CEF estabelece um financiamento com juros subsidiados, de 6% a 7% para a faixa 2, e de aproximadamente 8% para a faixa 3.<sup>18</sup>

O desempenho do programa é comparável aos resultados alcançados pelo BNH nos anos 1970. Entre março de 2009 e setembro de 2015, o PMCMV financiou ou subvencionou 2,4 milhões de unidades.<sup>19</sup> Para efeitos da análise pretendida neste trabalho, o PMCMV corrobora um protagonismo resiliente da CEF, mesmo uma década depois da criação do SFI. Embora o PMCMV atenda famílias com restrições de renda, a provisão de acesso à habitação para essa clientela não precisaria ser estabelecida pelo Estado e pelos bancos públicos. Outros sistemas habitacionais constituíram arranjos em que a universalização habitacional ocorreu, por exemplo, pelo mercado, como é o caso dos EUA. É verdade que a crise do *subprime* de 2008 revela os eventuais limites dessa alternativa de mercado, mas o reconhecimento de tais limites não refuta a existência de diferentes arranjos possíveis de financiamento habitacional, inclusive para a baixa renda. Em outros termos, o PMCMV e o protagonismo da CEF não se devem a uma contingência ocasionada pelo tipo de beneficiário; são, isso sim, a confirmação de um arranjo institucional em que o banco público é um ator-chave.

...

15 Em 2017, o PMCMV sofreu alterações, e o limite foi ampliado para R\$ 9.000,00.

16 O PMCMV é dividido em quatro faixas, conforme a renda da família beneficiária. Na faixa 1, a CEF contrata a execução do empreendimento apresentado pelo setor imobiliário e subsidia até 90% da aquisição. As famílias beneficiárias pagam uma prestação mensal, por dez anos, com valor não superior a R\$ 270,00, sem juros. Na faixa 2 (originalmente, famílias com renda de 3 a 6 salários; hoje, de até R\$ 4.000,00) e na faixa 3 (antes, renda de 6 a 10 salários mínimos; atualmente, até R\$ 9.000,00), as famílias contam com juros subsidiados. Sobre o PMCMV, ver Acosta, 2015.

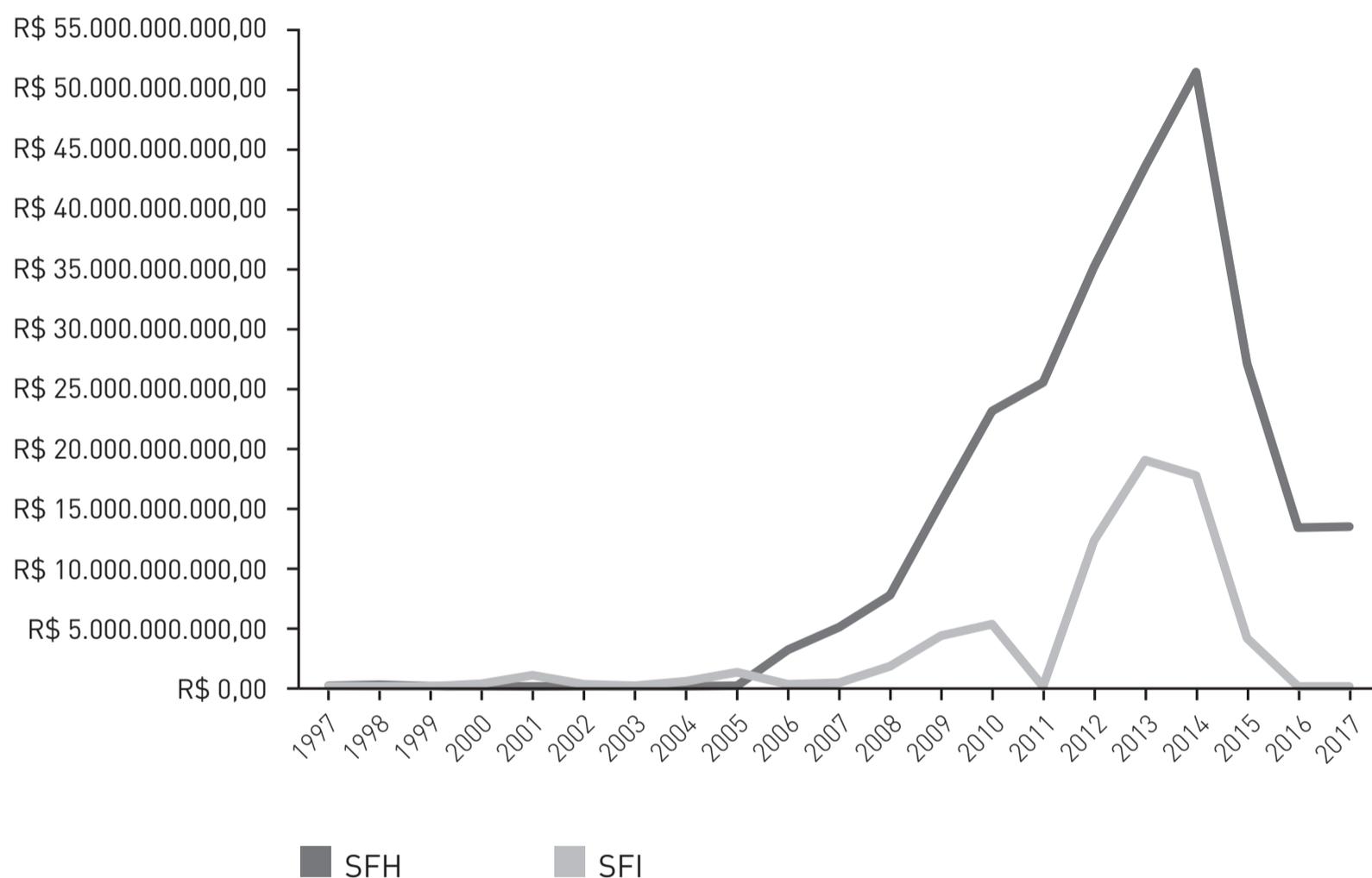
17 Ver, a esse respeito, Rolnik *et al.*, 2010.

18 Informações do Ministério das Cidades, disponíveis em <https://www.cidades.gov.br/habitacao-cidades/programa-minha-casa-minha-vida-pmcmv>. Ver também: Rolnik *et al.* (2010).

19 Dados disponíveis em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2015/09/minha-casa-minha-vida-entregou-2-4-milhoes-de-moradias>.

A comparação entre os volumes de recursos contratados no âmbito do SFH e do SFI corrobora essa evidência, como mostra o Gráfico 1, a seguir, que também sugere que, a despeito das intenções dos formuladores de política, a reforma habitacional não foi capaz de substituir o sistema financeiro anterior pelo mercado de hipotecas. Em outros termos, a revolução das hipotecas, verificada em outros ambientes, e na qual os modelos de repressão financeira foram substituídos pelos arranjos de liberalização financeira, não obteve, até o momento, o mesmo alcance na economia brasileira.

GRÁFICO 1 – SFH E SFI EM VOLUME DE FINANCIAMENTO



Fonte: Elaboração dos autores a partir de dados obtidos no *site* da CEF.

Em relação ao *funding*, ou seja, aos mecanismos que constituem a base financeira para o crédito habitacional, o panorama do setor também aponta para a manutenção dos mecanismos oriundos do SFH. A poupança compulsória proveniente do FGTS e o direcionamento dos recursos do SBPE são fontes para as operações financeiras realizadas no âmbito do SFI. Desde 1999, a resolução do CMN n. 2.623/1999 autorizou os bancos, públicos e privados,

a contabilizar como crédito direcionado as operações de investimento em CRIs. Isto é, o que os bancos despendem em CRI é computado como alocação obrigatória de recursos em habitação (ROYER, 2009; GOMES, 2015, p. 110). Nessa mesma linha, o conselho curador do FGTS, por meio da Resolução n. 375/2001, autorizou o fundo a adquirir CRIs, desde que eles estivessem lastreados em financiamentos de imóveis residenciais e associados a um valor limitado (ROYER, 2009; GOMES, 2015, p. 110).

Como já descrito, o CRI é um valor mobiliário, lançado pelas companhias securitizadoras, e que é lastreado nas dívidas imobiliárias contratadas pelos tomadores de recursos com os bancos. A rigor, a ideia subjacente à constituição do SFI foi a de permitir que a securitização das dívidas provelesse recursos para o setor habitacional, tal como acontece, por exemplo, no mercado norte-americano (CARROZZO, 2005). Diferentemente disso, a regra do CMN n. 2.623/1999 e a resolução do FGTS n. 375/2001 representam uma espécie de vaso comunicante entre um sistema de direção estatal e um sistema de mercado. Com isso, parte dos CRIs passou a ser financiada por recursos drenados do crédito direcionado, ganhando mais elasticidade.

Ainda no âmbito do *funding*, um segmento relevante introduzido pela reforma é o das securitizadoras, encarregadas de emitir os CRIs. O setor é composto por um total de nove companhias principais, que, em conjunto, respondem por aproximadamente 90% das emissões. São elas: Cibrasec; RB Capital; Brazilian; Gaia; Ápice; Barigui; PDG; Habitasec; Novasec.<sup>20</sup> Entre elas, as duas maiores emissoras são a Cibrasec e a RB Capital, responsáveis por cerca de 50% das emissões.<sup>21</sup>

A CEF e outros bancos públicos também são agentes do mercado de securitização, desempenhando o papel de sócios das principais companhias securitizadoras. A Cibrasec, que veio a ser a primeira companhia constituída nesse segmento, tem bancos públicos como seus acionistas, como: Banco do Brasil; BB Banco de Investimentos S.A.; Caixa Participações S.A. (Caixapar); Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Banrisul); Banco de Brasília (BRB); e Banco do Estado do Espírito Santo. A Brazilian Finance Real Estate e a Brazilian Securities têm participação do Banco Panamericano, que foi adquirido pela CEF.

Finalmente, o terceiro elemento desta análise qualitativa é a difusão ou a restrição dos novos modelos contratuais. Como já descrito, a Lei n. 9.514/1997 introduziu a alienação fiduciária como uma modalidade contratual, mas não a tornou uma forma contratual obrigatória para todos os tipos de financiamento habitacional. Nos termos do marco legislativo, os financiamentos habitacionais podem ser feitos tanto nos termos da Lei n. 9.514/1997 como nos termos da legislação que rege as hipotecas convencionais.

...

<sup>20</sup> Dados obtidos na CVM, referentes a 1999 e 2016.

<sup>21</sup> Dados obtidos na CVM, referentes a 1999 e 2016.

Mesmo assim, o padrão contratual difundido no mercado, em todas as faixas de renda, passou a ser a alienação fiduciária, inclusive para os financiamentos do Programa Minha Casa, Minha Vida. Uma indicação a esse respeito é a informação apresentada pela CEF, que responde pela maior parte do mercado habitacional. Segundo informação desta, a alienação fiduciária é a única forma contratual utilizada atualmente pelo banco: “[...] informamos que: [...] Atualmente, não há nenhuma outra forma de contratação de crédito imobiliário, para clientes pessoa física, além da alienação fiduciária. Serviço de Informações ao Cidadão”.<sup>22</sup>

Em síntese, os três parâmetros de análise articulados sugerem que a privatização vislumbrada na proposição do modelo não se verificou em sua integralidade. A transição parece ser mais gradual, como assinalado na seção a seguir, dado o fato de que a CEF é ainda o principal financiador habitacional, e também em razão do aproveitamento dos instrumentos financeiros do SFH como fatores de propulsão do SFI. Por outro lado, o modelo de contrato do SFI foi absorvido pela CEF, o que deu ao banco condições mais seguras de operação, como ilustram os dados colhidos nos tribunais – as condições encontradas nos TRFs (competentes para os recursos da CEF) são ainda mais favoráveis do que aquelas verificadas nos TJs.

#### 4. UM PALACETE ASSOBRADADO

Os dados do estudo de caso revelaram que a combinação entre o produto da reforma e o seu resultado deu lugar a um arranjo institucional diferente daquele vislumbrado pelos formuladores de política. Embora o SFI tenha sido desenhado para progressivamente substituir o SFH, o evento mais saliente, 20 anos depois, é a combinação dos novos dispositivos institucionais trazidos pela reforma, com a atuação das antigas organizações e dos instrumentos estatais. Trata-se, portanto, de um caso desviante em relação às evidências de uma convergência regulatória global, e que reforça a existência de justaposições entre a difusão do capitalismo regulatório e sua constituição local. Teoricamente, como se pode interpretar esse resultado?

De acordo com a literatura especializada, o processo de reforma institucional admite tanto mudanças abruptas como graduais. A mudança institucional abrupta é aquela que implica um desarranjo brusco do equilíbrio institucional anterior, ou seja, produz “mudanças radicais” (PEMPEL, 1998). Já as reformas graduais são aquelas que geram uma transição contínua e diferida no tempo (STREECK e THELEN, 2005).

Levando em conta esses tipos, poder-se-ia reconhecer que o arranjo institucional resultante da reforma brasileira é decorrente de uma estratégia de mudança gradual. Ao preservarem

...

22 A informação foi obtida em 6 fev. 2018 perante a Superintendência Nacional de Operações, Habitação e Processamento da CEF – Serviço de Informações ao Cidadão, por meio de solicitação amparada na Lei de Acesso à Informação (LAI).

o SFH, os formuladores de política indicaram a preferência por uma transição moderada, capaz de minimizar os confrontos e as incertezas, recorrendo para isso a uma estratégia de reforma que Streeck e Thelen (2005, p. 16-33) chamam de “sobreposição de camadas” (*layering*). No caso em questão, tratava-se de sobrepor a nova camada institucional, o SFI, ao arranjo predominante, o SFH. Dessa forma, as antigas instituições tenderiam a desaparecer progressivamente, em um movimento de mudança contínua, enquanto a nova camada tomaria aos poucos seu lugar.

Em outra linha do institucionalismo histórico, Hall (1993) classifica as mudanças institucionais conforme os respectivos níveis de alteração ocorridos. O autor hierarquiza as mudanças em três ordens, que são apresentadas de modo crescente, em função do grau de transformação institucional subjacente. A primeira ordem é a da configuração das políticas, isto é, o modo de sua organização ou operação, e revela a menor densidade de mudança institucional. A segunda ordem, mais profunda, é a que afeta o tipo de instrumento utilizado na implementação das políticas. Por fim, a alteração institucional mais substantiva é a que afeta também a terceira ordem, ou seja, os objetivos públicos de determinado arranjo. Assim, além do modelo das camadas (*layering*), poder-se-ia interpretar a reforma brasileira recorrendo às diferentes ordens de mudança sugeridas por Hall (1993). No caso em questão, os limites de substituição do SFH pelo SFI poderiam ser compreendidos como uma mudança institucional que alcançou a primeira ou a segunda ordens, isto é, trata-se de uma reforma com restrições.

Trabalhos ainda mais afinados com privatizações e reformas jurídico-institucionais também poderiam oferecer uma chave interpretativa para os achados da pesquisa. Os estudos nesse campo enfatizam o caráter contínuo desses processos, descritos como tendencialmente mais graduais do que jogos de uma rodada única (PISTOR e TURKEWITZ, 1996; PRADO e TREBILCOCK, 2009; ANDREWS, 2013, p. 35-64). Em particular, Pistor e Turkewitz (1996), em uma pesquisa sobre as privatizações na Europa Oriental, assinalam que a privatização não foi um processo de corte abrupto (*clear-cut*), mas uma transformação progressiva, que ensejou um intervalo de acomodações entre a propriedade estatal e a propriedade privada. Esse intervalo é, em si, dinâmico, e o Estado e o mercado podem reposicionar seus lugares ao longo do tempo. Embora os trabalhos de Streeck e Thelen (2005), Hall (1993), Pistor e Turkewitz (1996), Prado e Trebilcock (2009) e Andrews (2013) apresentem elementos analíticos indispensáveis para a compreensão do estudo de caso, a transição institucional em questão também exhibe peculiaridades que escapam dos modelos. Em relação ao modelo de “sobreposição de camadas”, embora ele possa ter sido a estratégia dos formuladores de política, os desdobramentos da reforma indicam um resultado algo diferente.

Ainda que a reforma tenha definido o SFI como uma nova camada, o SFH nunca desapareceu, tendo, inclusive, aumentado a sua participação nos últimos anos. Nesses termos, a organização do setor parece espelhar mais uma fusão entre as novas instituições e as antigas organizações do que simplesmente uma substituição gradual do antigo pelo novo. Além disso, as

organizações estatais herdadas do SFH também se modificaram, revelando que sua persistência não representou apenas uma conservação estática de seu *modus operandi*.

Em função da reforma, os mecanismos estatais mudaram e, aparentemente, beneficiaram-se dos incentivos de mercado. Entre outros, este é o caso das novas oportunidades de investimento abertas para os fundos de poupança, voluntários e compulsórios. Antes restritos ao financiamento habitacional realizado com taxas subsidiadas, tais fundos podem agora obter retornos positivos com as operações financeiras realizadas no mercado de capitais. Ainda mais relevante é o incremento da segurança jurídica nas transações imobiliárias, fator que favoreceu a CEF. O banco público tem desfrutado de condições contratuais mais seguras do que no passado. É o que indicam as decisões dos tribunais, ao revelarem que a CEF é o único agente financeiro que opera em condições “muito seguras” (Quadro 6). Portanto, não se trata apenas de uma reforma limitada à primeira ou à segunda ordens, como aborda Hall (1993). Uma interpretação como essa desperdiçaria o achado relevante de que o instrumento – o banco público – foi mantido, mas as suas condições de atuação foram alteradas.

O estudo de caso do financiamento habitacional também acrescenta um ponto ao debate sobre reformas jurídico-institucionais e privatizações. Trata-se do reconhecimento de que os agentes do Estado podem assumir uma participação de liderança em um arranjo baseado em regras e incentivos típicos de mercado. Em outras palavras, a reforma habitacional não apenas mostrou que a privatização é um jogo de rodadas contínuas que admite múltiplos arranjos entre o Estado e o mercado, como sugerido por Pistor e Turkevitz (1996), mas também indicou que organizações do Estado, como a CEF, podem desempenhar um papel ativo na determinação de seu resultado. A privatização pode, portanto, ocorrer alinhada a setores do Estado.

Em síntese, a imagem de um palacete assobradado, como poderia ser a de um ornitorrinco (OLIVEIRA, 2003), procura enfatizar o caráter combinado do arranjo institucional analisado. Sua principal característica é a coexistência de novas e antigas instituições, de padrões globais de mercado e dinâmicas estatais locais (SCHAPIRO, 2018). Essa descrição apoia-se no institucionalismo histórico, que enfatiza os fatores de dependência da trajetória, as mudanças graduais e os limites existentes para a subversão dos arranjos. Em relação a essa abordagem, no entanto, o trabalho reforça o caráter sinuoso das relações estabelecidas entre o novo e o antigo, o moderno e o atrasado, uma coabitação que é típica de países em desenvolvimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma que instituiu o SFI há 20 anos projetou a constituição de um sistema de integração entre bancos e mercados de capitais por meio de uma reforma gradual, em camadas. Inspirado pela revolução das hipotecas, que teve seu marco de origem com o *Emergency Finance Home Act*, promulgado nos anos 1970, nos Estados Unidos, o SFI pretendeu reforçar os mecanismos de segurança jurídica do crédito, e, assim, constituir as bases institucionais necessárias para a transformação dos contratos imobiliários em *commodities* mobiliárias. Para isso, a reforma contou

com a introdução de inovações jurídicas, como a refuncionalização da alienação fiduciária – que passou a ser aplicada para bens imóveis –, a instituição de regras sobre negócios fiduciários e a limitação de acesso ao Judiciário.

Os dados coletados na amostra examinada, correspondente a 1.007 decisões de tribunais, indicam um êxito satisfatório dessas medidas. Primeiro, o universo de ações encontrado é limitado, o que indica um sucesso da proposta de aumentar as barreiras à entrada ao Judiciário. Segundo, nesse universo examinado, os credores tiveram mais êxito que os devedores, sugerindo que o Judiciário, ao interpretar e aplicar a lei, confirmou o sentido das políticas inscritas na legislação.

No entanto, a segurança jurídica em patamares mais robustos não parece ter habilitado uma transição da organização financeira, tal como era esperado pela literatura e pelos formuladores da política. O sistema de integração entre bancos e mercados de capitais não se tornou o arranjo prevalecente. Tanto em número de contratos como em volume de recursos, o SFH é ainda o principal mecanismo de financiamento habitacional, respondendo por uma participação financeira superior à do SFI nas últimas duas décadas. A CEF é a instituição financeira com maior participação de mercado na provisão de crédito habitacional, e também desempenha um papel ativo no fomento do mercado de securitização, sendo sócia de companhias securitizadoras. Ademais, os recursos regulatórios legados pelo SFH, como o crédito direcionado e o FGTS, são financiadores do mercado de CRI, representando, assim, parcela do *funding* do SFI. Por outro lado, os contratos mais seguros beneficiam a CEF, que passou a adotar a alienação fiduciária em todos os seus contratos.

Diante disso, o efeito mais visível da reforma é o de um reposicionamento dos agentes do Estado, notadamente a CEF, no mercado habitacional. Tais conclusões jogam luz no debate sobre as reformas institucionais e sobre as privatizações, ao sugerirem que a segurança do crédito pode ser uma variável supervalorizada nas agendas políticas de mudança institucional. O trabalho também aponta que empresas estatais e bancos públicos, por fatores de *path dependence*, podem ser atores do processo de privatização, obtendo benefícios competitivos no cenário pós-reforma. No limite, a privatização não é necessariamente uma transição de corte claro entre dois modelos – Estado e mercado –, mas um processo contínuo, e, como tal, sujeita a diferentes acomodações entre os fatores de resiliência e os de transformação institucional.

Essas descobertas trazem como implicação de política a revisão da presunção de que os incumbentes, em razão de um instinto de autopreservação, sempre apresentarão resistências às reformas econômicas. Com base na reforma habitacional brasileira, pode-se antever cenários em que os atores estatais são passíveis de encarar as reformas de mercado não como uma desvantagem, mas como uma alavancagem de sua condição dentro do Estado. Se os formuladores de políticas reconhecerem essa possibilidade, podem planejar as reformas de maneira a contar com os fatores de dependência de trajetória (*path dependence*) a seu favor, como sugerido por Prado e Trebilcock (2009). Em outras palavras, se as empresas e os bancos estatais são os principais participantes de um dado modelo de desenvolvimento, as reformas econômicas

tendem a ser mais bem-sucedidas na medida em que esses agentes forem considerados parte da solução, e não parte do problema.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Claudia. *O programa federal brasileiro “Minha Casa, Minha Vida” é um regulador-sombra das normas urbanísticas municipais?* 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015.

ANDREWS, Matt. *The limits of institutional reform in development: changing rules for realistic solutions*. New York: Cambridge, 2013.

ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (orgs.). *Inflation targeting, debt and the Brazilian experience: 1999 to 2003*. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 265-293.

AZEVEDO, Sérgio de. Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-86): criação, trajetória e extinção do BNH. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, 1988.

BRAITHWAITE, John. *Regulatory capitalism – How it works, ideas for making it work better*. Northampton: Edward Elgar, 2008.

BRASIL. *Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm). Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm). Acesso em: 17 set. 2019.

BUCKLEY, Robert; CHIQUIER, Loïc; LEA, Michael. Housing finance and the economy. *In*: BUCKLEY, Robert; CHIQUIER, Loïc; LEA, Michael. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington: World Bank, 2009.

CALOMIRIS, Charles; HIMMELBERG, Charles. Directed Credit Programs for Agriculture and Industry: Arguments from Theory and Fact. *In*: *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993*. Washington: World Bank, 1994.

CARNEIRO, Dionísio Dias; GOLDFAJN, Ilan. A securitização de hipotecas no Brasil. *Texto para discussão n. 246*. Rio de Janeiro: Departamento de Economia PUC-RIO, 2000.

CARNEIRO, Dionísio Dias; VALPASSOS, Marcus Vinicius. *Financiamento à habitação e instabilidade econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

CARROZZO, Peter. Marketing The American Mortgage: The Emergency Home Finance Act of 1970, Standardization and the Secondary Market Revolution. *Real Property, Probate and Trust Journal*, American Bar Association, v. 39, n. 4, p. 765-805, 2005.

CHEY, Hyoung-Kyu. *Compliance with international regulatory regimes: The Basel Capital Adequacy Accord in Japan, South Korea, and Taiwan, 1988-2003*. Tese (Doutorado). London School of Economics, 2006a.

CHEY, Hyoung-Kyu. Explaining cosmetic compliance with international regulatory regimes: the implementation of the Basle Accord in Japan, 1998–2003. *New Political Economy*, v. 11, n. 2, 2006b.

CHIQUIER, Löic; HASSLER, Olivier; BUTLER, Stephen. Enforcement of mortgage rights. *In*: CHIQUIER, Löic; LEA, Michael. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington: World Bank, 2009.

CHIQUIER, Löic; HASSLER, Olivier; LEA, Michael. Mortgage securities in emerging markets. *In*: CHIQUIER, Löic; LEA, Michael. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington: World Bank, 2009.

DÜBEL, Hans-Joachim; WALLEY, Simon. Consumer information and protection. *In*: CHIQUIER, Löic; LEA, Michael. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington: World Bank, 2009.

DUBASH, Navroz; MORGAN, Bronwen. *The rise of the regulatory state of the south: infrastructure and development in emerging economies*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FABIANI, Emerson Ribeiro. *Direito e crédito bancário no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIX, Mariana. *Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil*. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011.

GERRING, John. Single-outcome studies: a methodological primer. *International Sociology*, v. 21, n. 5, 2006.

GOMES, Aline Viotto. *Direito e financiamento: as transformações regulatórias na passagem do sistema financeiro de habitação para o sistema de financiamento imobiliário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GREEN, Richard; WATCHER, Susan. The housing finance revolution. *Research Paper Series*. University of Pennsylvania, Institute for Law and Economics, 2007.

HALL, Peter. Policy paradigms, social learning, and the State: the case of economic policymaking in Britain. *Comparative Politics*, v. 25, n. 3, 1993.

HASSLER, Olivier; RENAUD, Bertrand. State housing banks. In: CHIQUIER, Löic; LEA, Michael. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington: World Bank, 2009.

JONES, Emily; ZEITZ, Alexandra. The limits of globalizing Basel banking standards. *Journal of Financial Regulation*, v. 3, n. 1, mar. 2017.

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

LEA, Michael. Mortgage instruments. In: CHIQUIER, Löic; LEA, Michael. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington: World Bank, 2009.

LEVI-Faur, Davi. The global diffusion of regulatory capitalism. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 598, 2005.

MARICATO, Erminia. Política urbana e de habitação social: um assunto pouco importante para o governo FHC. *Revista Praga*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 67-78, 1998.

MARTINS, Bruno; LUNDBERG, Eduardo; TAKEDA, Tony. Housing finance in Brazil: institutional improvements and recent developments. *IDB Working Paper Series*, n. 269, 2011.

McNAMARA, Kathleen. Rational fictions: Central Bank independence and the social logic of delegation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, 2002. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/toc/fwep20/current>. Acesso em: 28 out. 2019.

OLIVEIRA, Francisco de. *O ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.

OTTO, Samira. Real Estate Policy in Brazil and some comparisons with the United States. *Working Paper n. 549*, Stanford Center for International Development, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

PISTOR, Katharina; TURKEWITZ, Joel. Coping with Hydra – state ownership after privatization, a comparative study of the Czech Republic, Hungary, and Russia. In: FRYMAN, Roman; GRAY, Cheryl; RAPACZYNSKI, Andrzej. *Corporate Governance in Central Europe and Russia*, v. 2. Budapest, London, New York: CEU Press, 1996.

PEMPEL, T. J. *Regime shift: Comparative dynamics of the Japanese political economy*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1998.

PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, v. 59, n. 3, 2009.

ROLNIK, Raquel; BISCHOF, Raphael; KLINTOWITZ, Danielle; REIS, Joyce. *Como produzir moradia bem localizada com os recursos do Programa Minha Casa, Minha Vida? Implementando os instrumentos do Estatuto da Cidade!* Brasília: Ministério das Cidades, 2010.

ROLNIK, Raquel. The right to adequate housing. In: *Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living*, United Nations General Assembly, 2012.

ROYER, Luciana de Oliveira. *Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas*. Tese (Doutorado em Arquitetura) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SEAWRIGHT, Jason; GERRING, John. Case selection techniques in case study research: a menu of qualitative and quantitative options, *Political Research Quarterly*, v. 61, n. 2, 2008.

SCHAPIRO, Mario G. Do estado desenvolvimentista ao estado regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018.

SCHAPIRO, Mario G.; PEREIRA, Saylon Alves. Developmental State with neoliberal tools: a portrait of Brazilian Housing Financial System. *The Law and Development Review*, v. 12, 2019.

SIRKIN, Mark. *Statistics for Social Sciences*. London: Sage, 2006.

STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen. *Beyond continuity: institutional change in advanced political economies*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALTER, Andrew. *Governing finance: East Asia's Adoption of International Standards*. Cornell, 2008.

YIN, Robert. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

SCHAPIRO, Mario Gomes; PEREIRA, Saylon Alves. Um palacete assobradado: a coexistência entre organizações estatais e instituições de mercado no financiamento habitacional brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1936. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201936>.

*Mario Gomes Schapiro*

PROFESSOR EM REGIME INTEGRAL NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). DOUTOR, MESTRE E BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). POSSUI PÓS-DOCTORADO PELA NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW.

*mario.schapiro@fgv.br*

*Saylon Alves Pereira*

ADVOGADO, PESQUISADOR E DESENVOLVEDOR DE TECNOLOGIAS NA ÁREA JURÍDICA. MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). BACHAREL EM DIREITO E CIÊNCIAS SOCIAIS PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). CURSANDO BACHARELADO EM MATEMÁTICA APLICADA E COMPUTACIONAL NA USP.

*saylon.pereira@gmail.com*



# O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública

MALICE IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY: A RATIONAL QUEST FOR THE SUBJECTIVE ELEMENT IN THE VIOLATION OF THE PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION

Vivian Maria Pereira Ferreira<sup>1</sup>

## Resumo

Este artigo investiga a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STF) na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, enfocando o debate sobre a necessidade de demonstração de dolo para que se responsabilize o agente público por violação aos princípios da Administração Pública. A partir da análise qualitativa dos argumentos trazidos pelos ministros ao decidir o Recurso Especial (REsp) n. 765.212/AC, caso no qual a questão foi mais profundamente debatida, verifica-se que falta clareza ao STF para lidar com os conceitos de “intenção” e “vontade” e que, embora as conclusões dos ministros sejam convergentes, os argumentos mobilizados escondem diferenças teóricas profundas, que não podem ser ignoradas se se pretende uma aplicação racional e inteligível da Lei de Improbidade Administrativa. Com vistas a enriquecer o debate sobre o tema, propõe-se um resgate teórico da noção aristotélica de razão prática, que permite distinguir mais eficientemente a conduta ilegal da conduta ímproba. Aponta-se, ainda, que a compreensão da inteligibilidade da ação do agente público acusado de improbidade depende de uma análise de contexto, bem como da clareza de que o administrador age no sentido de realizar projetos, e não apenas para evitar a ilegalidade, o que deve transparecer na motivação das decisões judiciais em ações de improbidade administrativa.

## Palavras-chave

Improbidade administrativa; dolo; ação racional; razão prática; fundamentação jurídica.

## Abstract

*This article examines the application of the Law of Administrative Improbability by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), focusing on the debate about the need of demonstration of intent to hold the public agent accountable for violating the principles of Public Administration. Based on qualitative analysis of the arguments used in deciding the REsp n. 765.212/AC (special appeal in which the issue was more deeply discussed), it appears that the Court lacks clarity to deal with the concepts of 'intention' and 'will'. And although the conclusions of the judges converge, the arguments they mobilize conceal deep theoretical differences, which cannot be ignored for a rational and intelligible application of the Law. Aiming at enriching this debate, the article proposes a recovery of the Aristotelian notion of practical reason, which allows for a more efficient distinction between illegal conduct and administrative improbity. It is also pointed out that understanding the intelligibility of human action depends on context analysis. Moreover, the fact that the public agent acts to carry out policies, and not only to avoid illegality, must be taken into consideration by courts. When deciding actions of administrative improbity judges must, therefore, address these matters.*

## Keywords

Administrative improbity; malice; rational action; practical reason; legal reasoning.

## INTRODUÇÃO\*

A Constituição de 1988 protege como princípios basilares do Estado Democrático de Direito a moralidade e a probidade administrativa.<sup>1</sup> Prevê, nesse sentido, punição severa aos agentes públicos que atuem de forma desonesta e desleal no exercício das suas funções, com potencial prejuízo à Administração Pública, podendo resultar na suspensão dos seus direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos seus bens e na sua condenação ao ressarcimento do erário.<sup>2</sup>

A regulação do procedimento para a imposição de tais sanções foi delegada pelo constituinte de 1988 ao legislador ordinário e veio a lume alguns anos depois, com a edição da Lei n. 8.429, sancionada pelo Presidente Fernando Collor em junho de 1992, em meio a um notório escândalo de corrupção.<sup>3</sup>

Em linhas gerais, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) distingue três tipos de condutas ímprobas: os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10), e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). A lei tem um escopo bastante amplo, sujeitando à punição por improbidade administrativa quaisquer agentes públicos, bem como os agentes privados eventualmente beneficiados pelas condutas ali tipificadas.

Na interpretação e aplicação dos referidos dispositivos, persistiu, por algum tempo, uma controvérsia quanto à necessidade de demonstração de dolo ou culpa para que se proceda à efetiva responsabilização do agente pelas condutas previstas na LIA. Isso porque somente o artigo 10, relativo aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, faz referência expressa ao elemento subjetivo do agente, abarcando qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa. Já os outros dois preceitos nada dispõem a esse respeito.

...

\* O presente artigo é fruto do desenvolvimento de uma pesquisa de doutorado em andamento.

1 O artigo 5º da Constituição expressamente prevê, em seu inciso LXXIII, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa. Ademais, ao tratar da Administração Pública, o artigo 37 da Constituição eleva a moralidade administrativa à qualidade de princípio basilar, a ser obedecido pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2 Nos termos do art. 37, §4º da Constituição Federal, “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

3 Como se vê da exposição de motivos, o projeto de lei, proposto pelo Poder Executivo, na pessoa do então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, tinha por objetivo responder ao anseio popular de combate à corrupção e transmitir à sociedade a preocupação do governo federal com a questão. A íntegra da exposição de motivos está disponível no *site* da Câmara dos Deputados, através do *link* <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 16 set. 2019.

Grande parte da doutrina posicionou-se no sentido de que não se poderia configurar improbidade administrativa sem a demonstração de dolo ou culpa por parte do agente. Nesse sentido, argumenta-se que, ainda que não se trate de norma penal, por se tratar de atuação sancionatória por parte do Estado, a necessária demonstração do elemento subjetivo emergiria como uma garantia a ser assegurada também no campo das improbidades administrativas (FACCHINI, 2011, p. 59-60; NEISSER, 2018, p. 66). Bem resume este posicionamento a colocação de Osório (2018, p. 254), para quem

não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente. A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, e inerente a improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto.

De outro lado, houve quem se posicionasse no sentido de que a configuração da improbidade administrativa por lesão a princípios administrativos, na forma do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, não exige a comprovação de que o agente atuou com dolo ou culpa, bastando a ilicitude ou a imoralidade (JURUENA e LEAL, 2014, p. 281-282), mormente por se tratar de ação de cunho cível, âmbito do direito que, cada vez mais, se dissocia do elemento subjetivo. Desse modo, o argumento vai no sentido de que não seria caso de transportar a forma como o Direito Penal trata o sancionamento das condutas para o campo das improbidades, bastando a demonstração de ato potencialmente lesivo e de intolerável incompetência por parte do agente público (SANTOS, 2011, p. 5).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), essa controvérsia traduziu-se em uma relevante discordância entre a Primeira e a Segunda Turma. A Primeira Turma vinha manifestando o entendimento de que o silêncio da lei afasta as condutas culposas dos atos de improbidade sancionados pelos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, por entender que a técnica de elaboração da lei de improbidade assemelha-se à técnica penal, na qual, com exceção dos casos expressos em lei, a punição é reservada aos crimes praticados dolosamente.<sup>4</sup> Por sua vez, a

...

4 Nesse sentido, veja-se o REsp 604.151/RS (Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 25/04/2006), de cuja ementa consta que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa a noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, e que se admite a configuração de improbidade por ato culposo (Lei n. 8.429/1992, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa”. Da mesma maneira, no REsp 734.984/SP (Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007), restou consignado que “o ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa”.

Segunda Turma entendia que o artigo 11 elenca infrações em relação às quais seria desnecessário examinar se o gestor público se comportou com dolo ou culpa, bastando a mera conduta, pois a ofensa ao princípio da moralidade administrativa seria evidente no confronto entre a conduta e a previsão jurídica.<sup>5</sup>

Mais recentemente, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é necessária a demonstração do dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso no artigo 11 da LIA.<sup>6</sup> Ou seja, para que uma conduta seja caracterizada como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, em violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, é necessária a demonstração de que houve a vontade, ou a assunção consciente do risco, por parte do agente, de concretizar as características objetivas do tipo.

...

5 Nesse sentido, veja-se o REsp 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 13/05/2008), de cuja ementa consta que “a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade”. Idêntica à redação que aparece na ementa do REsp n. 988.374/MG (Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 06/05/2008). Também no REsp n. 488.882/SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 17/04/2008), restou consignado que “a contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente”.

6 A consolidação desse entendimento pelo STJ foi claramente relatada nos autos do REsp n. 875.163/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 23/06/2010), quando, em um caso concreto, o tribunal foi chamado a esclarecer a divergência de entendimentos entre as turmas. Na oportunidade, decidiu: “2. O tema central do presente recurso esta limitado a análise da necessidade da presença de elemento subjetivo para a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.

Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois a Primeira Turma entendia ser indispensável a demonstração de conduta dolosa para a tipificação do referido ato de improbidade administrativa, enquanto a Segunda Turma exigia para a configuração a mera violação dos princípios da Administração Pública, independentemente da existência do elemento subjetivo.

3. Entretanto, no julgamento do REsp 765.212/AC (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.6.2010), a Segunda Turma modificou o seu entendimento, no mesmo sentido da orientação da Primeira Turma, a fim de afastar a possibilidade de responsabilidade objetiva para a configuração de ato de improbidade administrativa.

4. Assim, o STJ pacificou o entendimento no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, e necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa.

5. Ademais, também restou consolidada a orientação de que somente a modalidade dolosa e comum a todos os tipos de improbidade administrativa, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), e que a modalidade culposa somente incide por ato que cause lesão ao erário (art. 10 da LIA)”.

Foi ao julgar o REsp n. 765.212/AC,<sup>7</sup> que a questão foi debatida com mais profundidade teórica pelos ministros da Segunda Turma do STJ. O recuso foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Acre, no bojo de uma ação ajuizada contra um ex-prefeito e uma ex-secretária municipal da cidade de Senador Guiomard, em razão de as suas imagens terem sido veiculadas em uma propaganda institucional da prefeitura.

Ao apreciar o caso, o Tribunal de Justiça do Acre entendeu pela ausência de comprovação do dolo dos agentes políticos, mas a decisão foi reformada pelo STJ, que condenou tanto o ex-prefeito como a ex-secretária por se utilizarem da propaganda institucional para promoção pessoal. Para o Tribunal, os agentes incorreram em violação dos deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, atentando dolosamente contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

E, embora a decisão final tenha sido registrada como unânime e os ministros concordem com a prática de ato de improbidade administrativa no caso concreto analisado, ao analisar os votos proferidos, é interessante notar que as suas fundamentações não são idênticas. Ao debater a presença do dolo no caso submetido a julgamento, os ministros deparam-se com a necessidade de lidar com os conceitos de “intenção” e “vontade”, e trazem argumentos que partem de pressupostos teóricos radicalmente distintos acerca da ação humana, que merecem atenção especial.

O presente artigo pretende, assim, evidenciar essas diferenças teóricas mais profundas que, embora não tenham sido expressamente abordadas naquela oportunidade, não devem ser ignoradas se se pretende uma aplicação racional e inteligível da LIA. Nesse sentido, será empreendido um estudo do caso (YIN, 2010) do REsp n. 765.212/AC, com vistas a avaliar a coerência interna dos argumentos trazidos pelos ministros em seus votos, bem como a forma pela qual os conceitos de culpa, dolo e má-fé extraídos da dogmática jurídica foram empregados.

Ademais, explicitando as razões pelas quais a investigação sobre a presença do elemento subjetivo nos casos concretos de improbidade administrativa depende de uma compreensão filosófica sólida sobre o agir humano, o artigo propõe que o debate jurisprudencial travado no caso em análise poderia ser enriquecido a partir de um resgate teórico da noção aristotélica de razão prática.<sup>8</sup> Com base sobretudo nas ideias de autores contemporâneos da filosofia

...

<sup>7</sup> STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02/03/2010, DJe: 23/06/2010.

<sup>8</sup> Nos termos da tradição filosófica clássica aristotélica, a razão prática pode ser entendida como a mente funcionando dirigida a uma obra. A virtude intelectual da sabedoria prática (*phronesis, prudentia*) pode ser definida como um conjunto de habilidades e faculdades (como o senso comum, a imaginação, a capacidade de conjecturar e a capacidade de memorizar) que permite ao agente organizar a sua percepção do mundo em unidades de sentido compartilhados socialmente, permitindo-lhe escolher os meios adequados para atingir determinados fins que podem ser discursivamente justificados em função de um modo de vida. A este respeito, ver Michelon (2010) e Finnis (2005).

moral, apresenta-se um ferramental teórico que pode ser útil para a avaliação das condutas humanas ao compreendê-las como a eleição voluntária de meios em direção a fins que devem ser justificáveis socialmente, em função de valores protegidos pela coletividade.

### **I. IMPROBIDADE: A ILEGALIDADE QUALIFICADA PELA MÁ-FÉ**

Como se adiantou, o ordenamento jurídico brasileiro protege a moralidade administrativa. A este respeito, importa, inicialmente, explicitar o que se entende por moralidade administrativa. Como bem aponta Giacomuzzi (2002, p. 291-293) ao fazer uma revisão histórica do conceito na doutrina jurídica brasileira,

impera sobremodo um desconfortável senso comum na doutrina pátria quando se trata de abordar o assunto da vinculação entre Moral e Direito sob o aspecto da moralidade administrativa. [...] A moralidade é vinculada ora à legalidade, ora à igualdade, ora ao interesse público, ora ao desvio de poder, ora à proporcionalidade. E tudo e nada ao mesmo tempo.

Em uma proposta de sistematização dogmática do conceito, o autor sugere a existência de duas “moralidades” distintas, protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A primeira delas, prevista no art. 5º da CF/1988, refere-se à legalidade interna do ato praticado pelo agente público, em relação ao qual seria necessário perquirir eventual desvio de finalidade. Ou seja, o controle de legalidade do ato pode dar-se a partir da sua legalidade externa – em razão da existência de vícios de incompetência, procedimento ou forma – ou da sua legalidade interna – diante de vícios de conteúdo, de motivos e de intenção. E, justamente, ao controlar a legalidade interna do ato é que se investigam os desvios de finalidade, como forma de proteção da moralidade (GIACOMUZZI, 2002, p. 298-299).

Já a segunda moralidade está prevista no art. 37 da CF/1988 e tem por função veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé, que é tanto objetiva, consubstanciada na proteção da confiança, quanto subjetiva, materializada na vedação e na repressão da improbidade administrativa (GIACOMUZZI, 2002, p. 300-301).

A distinção é útil, pois fornece uma base conceitual mais sólida para a compreensão da LIA como integrante de um sistema normativo de proteção da moralidade administrativa, por meio do controle da boa-fé subjetiva daqueles que integram ou contratam com o Poder Público.

Esse sistema normativo é complementado pelas Leis da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), que preveem instrumentos processuais aptos a buscar a reparação dos eventuais danos causados à coletividade e a anulação de atos administrativos danosos ou ilícitos.

As sanções associadas às condutas tidas como ímprobadas têm cunho punitivo e revestem-se de especial gravidade, podendo resultar até mesmo na suspensão dos direitos políticos do

cidadão, que fica, portanto, impedido de votar e ser votado. Em razão disso, parte da doutrina administrativista vem aproximando esse conjunto de normas do Direito Penal, informado pela necessidade de se garantir ao acusado o respeito aos seus direitos fundamentais e as garantias de ampla defesa e contraditório (GARCIA e ALVES, 2014, p. 431; LOBO DA COSTA, 2014, p. 112; NEISSER, 2018, p. 103-104).

Um dos princípios norteadores do Direito Penal que, de maneira geral, vem se admitindo ter aplicação no campo da improbidade administrativa, por seu caráter sancionador, e o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da sua atuação com dolo ou culpa. Assim, a LIA prevê apenas hipóteses de responsabilidade subjetiva, sendo impossível a responsabilização objetiva do agente público (NEISSER, 2018, p. 71; CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.157; JUSTEN FILHO, 2016, p. 948-949; DI PIETRO, 2017, p. 1.023-1.024). Assim, não bastaria a existência do nexos causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental o exame da subjetividade do agente:

No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a *imputatio iuris* de um resultado danoso sem um fato de ligação psíquica que a ele vincule o agente. Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar “o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)”. (GARCIA e ALVES, 2014, p. 432)

Todavia, ao contrário do que se verifica no campo do Direito Penal, a doutrina administrativista no Brasil, de maneira geral,<sup>9</sup> não se aprofunda no estudo dos elementos constitutivos do elemento subjetivo da improbidade administrativa. Majoritariamente, os autores limitam-se a afirmar que a improbidade administrativa pode ser entendida como a ilegalidade qualificada pela má-fé do agente, sendo absolutamente imprescindível que se perquiria pela intenção do agente (GIACOMUZZI, 2013, p. 269). Esse entendimento aparece, frequentemente, reproduzido em decisões judiciais do STJ<sup>10</sup> sem maiores considerações acerca

...

<sup>9</sup> Exceção a essa situação é a recente tese de doutorado de Neisser (2018), que aborda especificamente a questão do dolo na improbidade administrativa, tentando propor critérios para a imputação subjetiva na aplicação da Lei n. 8.429/1992.

<sup>10</sup> Nesse sentido, vejam-se, a título exemplificativo, os seguintes julgados: “A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador” (STJ, REsp n. 1.112.062/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 22/09/2009); “A jurisprudência

dos elementos e critérios de imputação subjetiva que devem ser empregados nos casos de improbidade. A dificuldade que se coloca, no entanto, é como individualizar o elemento subjetivo na análise de um caso concreto.

## 2. A (IMPOSSÍVEL) TESE DA VOLUNTARIEDADE DA CONDUTA

O caso que consolidou o entendimento do STJ acerca da necessidade de demonstração do elemento subjetivo para que se possa atribuir ao agente a prática de ato de improbidade administrativa que viola os princípios da Administração Pública foi o REsp n. 765.212/AC.<sup>11</sup> Cuida-se de uma ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Acre contra um ex-prefeito e uma ex-secretária municipal de uma cidade do interior do Estado, em razão da veiculação de imagens dos agentes políticos em um comercial da prefeitura, com duração de 45 segundos, intitulado “Senador Guiomard – A Cidade do Novo Milênio”, a qual custou aos cofres públicos R\$ 2.950,00 (dois mil, novecentos e cinquenta reais).

Os agentes públicos foram acusados de se utilizar de propaganda institucional para se promoverem pessoalmente e, embora tenham sido, inicialmente, absolvidos pelo Tribunal de Justiça do Acre, que entendeu pela falta de atuação dolosa, a decisão foi revertida no STJ, que os condenou por improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, por entender que os agentes violaram os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, atentando dolosamente contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Em seu voto no REsp n. 765.212, o Rel. Min. Herman Benjamin, defendeu inicialmente a tese da voluntariedade da conduta. Nesse sentido, afirmou que

[...] quem desrespeita um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e o faz por livre e espontânea vontade, pouco há que se perquirir acerca de um elemento subjetivo complementar, muito mais afeito à consecução do resultado do que propriamente ao cometimento da infração em si mesma [...] Em síntese, quer me parecer que o elemento

...

do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que ‘não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10’ (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27/09/2011)” (STJ, AgRg no AREsp n. 184.147/RN, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 14/08/2012).

11 STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02 mar. 2010, DJe: 23/06/2010.

subjetivo, no caso, reside na simples intenção dos agentes (= voluntariedade) de praticarem o ato, *in casu* com a identificação pessoal em propaganda governamental, a custa do erário público. A promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social. É desnecessário, nesse contexto, perquirir se os recorridos agiram com intuito específico de violar os princípios administrativos e a norma constitucional citada alhures. (p. 17)

Para o ministro, olvidar um princípio constitucional de tamanha relevância simplesmente não seria tolerável, bastando que a conduta do agente fosse de livre e espontânea vontade para que se caracterizasse a improbidade administrativa. Segundo esse entendimento, bastaria o agente querer praticar o ato e que o ato viole efetivamente os princípios da Administração Pública para que se configure improbidade. Não se exige que o agente tenha a intenção específica de violar princípios ou que tenha assumido conscientemente o risco de fazê-lo, mas apenas a intenção de praticar o ato em si.

Segundo esse raciocínio, se o agente público assina um contrato administrativo que não foi precedido do devido processo licitatório, porque foi desrespeitado o prazo mínimo de publicidade do edital, comete improbidade – ainda que ele não tivesse conhecimento daquelas falhas ou não tivesse intenção de beneficiar a empresa contratada. A vontade de assinar o documento poderia ser enquadrada como dolo, pouco importando se a inobservância do prazo de publicidade tenha sido um erro do qual o agente não tivesse conhecimento ou, ainda, que não tivesse a intenção de restringir a competitividade da licitação.

Ocorre que, a menos que se esteja diante de um caso de coação, se um documento foi assinado, é porque se quis assinar; se um edital foi publicado, é porque se quis publicar; se a filmagem e a veiculação de uma propaganda institucional foram autorizadas, é porque se quis autorizar. O grande problema desse argumento, para o Ministro Mauro Campbell Marques, é que ele confunde vontade com voluntariedade. Como afirma o ministro em seu voto-vista:

voluntariedade [...] não se confunde com vontade. A vontade necessariamente pressupõe uma conduta com resultado querido. Novamente com Luiz Regis Prado, citando Welzel: [...], ‘a voluntariedade significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor.’ Isso quer dizer que **a voluntariedade se caracteriza pela simples inervação muscular que põe em andamento um processo de natureza causal. De outro lado, a vontade tem conteúdo próprio inerente ao comportamento humano, e diz respeito a um resultado querido.** (...) O conceito de voluntariedade deixa de fora inúmeras situações, nas quais, apesar de haver voluntariedade na conduta, não se poderá caracterizar a improbidade. (p. 28, grifo nosso)

De fato, se toda ação humana é orientada a determinados fins,<sup>12</sup> ao excluir a análise da finalidade da ação, a tese da voluntariedade termina por admitir a responsabilização objetiva do agente público. Entender que o dolo se extrai da intenção de praticar um determinado ato, pouco importando o que o agente conhecia à época e o que objetivava com aquele ato, é permitir, em alguns casos, a equiparação da improbidade com a mera ilegalidade, o que contraria a própria jurisprudência do STJ, que reiteradamente vem decidindo que a improbidade é a ilegalidade qualificada pela má-fé e que o objetivo da legislação é o de punir, exclusivamente, o agente corrupto e desleal e não o incompetente ou o inábil.<sup>13</sup>

A tese da voluntariedade da conduta foi rebatida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, que, a partir de uma reconstrução teórica, sustentou que, no campo do Direito Administrativo Sancionador, aplica-se o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da sua atuação com dolo ou culpa, admitindo-se apenas excepcionalmente a responsabilização objetiva no âmbito não sancionatório do Direito Civil. Nesse sentido, defendeu que não basta o nexos causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental a subjetividade, vale dizer, que a ação seja orientada a um resultado querido, diferenciando-se a voluntariedade da vontade.

O entendimento esposado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, contrário à tese da voluntariedade da conduta, prevaleceu na corte, que acatou a necessidade de se perquirir pelo

•••

12 Também nos termos do voto do Ministro Mauro Campbell: “[...] toda ação humana é orientada a determinado fim. A finalidade, portanto, não é uma adjetivação do comportamento humano, mas, ao contrário, é o seu real elemento constitutivo. O homem ao agir antecipa os fins, seleciona os meios e considera todos os possíveis resultados (efeitos desejados e concomitantes). Para que a tipicidade possa considerar este modelo de ação, é imprescindível que integre em seu seio as modalidades dolo e culpa. Não há tipo sem dolo e culpa, pois ou a tipicidade é dolosa ou a tipicidade é culposa” (p. 29).

13 Nesse sentido, vejam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados: “Para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, este Tribunal Superior exige, ainda, a nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé” (STJ, AgInt no AREsp n. 838.141/MT, Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. 27/11/2018).

“Para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [...] Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014” (REsp n. 1.508.169/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 13/12/2016, DJe: 19/12/2016). “É sabido que meras irregularidades não sujeitam o agente às sanções da Lei 8.429/92” (STJ, AgInt no AREsp n. 569385/SE, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 02/10/2018).

elemento subjetivo (intenção e vontade) para que se possa falar em punição por ato de improbidade administrativa. A definição das características do elemento subjetivo a ser demonstrado, no entanto, foi alvo de divergência e impõe dificuldades ao intérprete que merecem ser abordadas com maior profundidade.

### 3. A VONTADE E O ELEMENTO SUBJETIVO: CULPA, DOLO E MÁ-FÉ

Uma vez superada a tese da voluntariedade da conduta, tendo os ministros acordado ser impossível a incidência das sanções previstas na LIA sem que se fale na vontade do agente de cometer o ato ilícito, o tribunal passou a debater, então, qual seria o elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo.

A primeira questão debatida, a este respeito, foi sobre a possibilidade, ou não, de punição da ação culposa nos casos enquadrados no artigo 11 da norma, que diz respeito à violação dos deveres impostos pelos princípios que regem a Administração Pública. Com efeito, o artigo 10 da lei, relativo aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, faz referência expressa ao elemento subjetivo do agente, expressamente abarcando qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa. Dos artigos 9 e 11, no entanto, nada consta no que tange ao elemento subjetivo exigido para a configuração de ato de improbidade, razão pela qual alguns autores afirmam que na LIA, assim como na legislação penal, a referência expressa à modalidade culposa seria necessária para que se pudesse falar em improbidade culposa (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.163).

Este foi, justamente, o entendimento prevalecente na corte. Ainda assim, o Ministro Humberto Martins ressaltou, em seu voto, o seu entendimento pessoal no sentido de que o ato de improbidade administrativa poderia ser caracterizado tanto em caso de dolo quanto em caso de culpa. Para ele, o fato de o legislador ter feito menção expressa, no art. 10, à ação ou omissão dolosa ou culposa não permite concluir que o silêncio da lei quanto ao elemento subjetivo, no art. 11, exclui a possibilidade de infração por culpa. Isso porque a linguagem da LIA seria distinta da linguagem do Direito Penal. Neste, geralmente, a configuração do ilícito depende de ato doloso, de modo que se exige menção à culpa no tipo, por se tratar dos casos excepcionais. Já no Direito Administrativo Sancionador, a culpa não assume caráter excepcional e não importa para a configuração do ilícito, senão apenas para a dosimetria da sanção. Ademais, no seu entender, a Lei n. 8.429/1992 não reprova apenas o agente desonesto, que age com má-fé, mas também o que deixa de agir de forma diligente no desempenho da função para a qual foi investido, punindo a grave negligência, a inabilitação para o serviço público e os erros intoleráveis.

Em sentido contrário, no entanto, foi o do voto do Ministro Mauro Campbell Marques, que sustentou a impossibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992 na modalidade culposa, por entender que a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Para o ministro, as graves sanções cominadas

pelo dispositivo legal em comento são atraídas apenas pela atuação dolosa, enquanto as condutas culposas podem – e devem – ser punidas em outras esferas de responsabilização, pela via do controle interno e externo da Administração Pública, seja no bojo dos Tribunais de Contas, de processos administrativos disciplinares ou em procedimentos movidos pelo Ministério Público, pelo Conselho Nacional de Justiça ou, ainda, de natureza fiscal. Sustentou, dessa maneira, ser imprescindível a violação intencional dos deveres de honestidade, lealdade e retidão no trato dos assuntos públicos, uma vez que seria inimaginável que alguém pudesse ser desleal ou desonesto sem querer.

É notável que a divergência entre os ministros se fundamenta, em última análise, em uma discordância essencial acerca do que a LIA representa, dos seus objetivos, fundamentos e alcance. Por essa razão, é surpreendente que os ministros, ainda assim, tenham conseguido deixar essa questão de lado para alcançar um entendimento comum quanto ao elemento subjetivo da improbidade.<sup>14</sup> E, de fato, tomando por base fundamentos teóricos retirados do Direito Penal, o tribunal acordou ser necessário, para a configuração do ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, a demonstração de dolo genérico.

Neste passo, importa trazer da doutrina penalista alguns conceitos fundamentais. O dolo, para este ramo do Direito, costuma ser definido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso. Nesses termos, age dolosamente o agente que *conhece e quer* a realização dos elementos previstos no tipo legal do delito, sejam eles os elementos descritivos – que delimitam objetos, seres e ações perceptíveis pelos sentidos –, sejam os elementos normativos – que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento, muitas vezes expressos em termos como “indevidamente”, “sem justa causa”, etc. (PRADO, 2014, p. 300).

A doutrina penal tradicional costuma classificar o dolo, que pode ser diferenciado em dolo direto, indireto ou, ainda, em dolo genérico ou específico. O dolo direto (ou dolo de primeiro grau) corresponde à vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Já o dolo indireto (ou dolo eventual)

...

14 O entendimento comum foi firmado não com base em fundamentos teóricos, mas a partir de considerações pragmáticas acerca das implicações do posicionamento eventualmente adotado pela Corte para a efetividade da LIA. De fato, em seu voto, o Ministro Humberto Martins ressaltou que, embora continuasse acreditando ser tecnicamente válida e mais correta a linha de argumentação anteriormente exposta e defendida por ele, no sentido da possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa para o artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, reposicionou-se no sentido de se filiar ao entendimento da maioria, por entender que, “no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa”. Nesse sentido, ao que tudo indica, havia uma preocupação com o risco de que a exigência do elemento subjetivo doloso implicasse dificuldades probatórias aptas a conduzir à impunidade dos réus em ações de improbidade administrativa.

é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido (NUCCI, 2018, p. 191-192). Ou seja, no primeiro, o agente quer o resultado proibido pela lei; no segundo, assume o risco de produzi-lo. Tanto o dolo direto como o indireto foram admitidos pelo STJ para a configuração de ato de improbidade administrativa.

O dolo também pode ser classificado como genérico ou específico. O dolo genérico, que foi reputado essencial para a configuração de ato de improbidade pelos ministros do STJ, no âmbito penal é definido como “a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial” (NUCCI, 2018, p. 190), contrapondo-se ao dolo específico, que seria vontade de praticar a conduta típica, adicionada de uma especial finalidade. Por exemplo, “nos crimes contra a honra, não bastaria ao agente divulgar fato ofensivo à reputação de alguém para se configurar a difamação, sendo indispensável que agisse com dolo específico, ou seja, a especial intenção de difamar, de conspurcar a reputação da vítima” (NUCCI, 2018, p. 190).

Assim, fazendo referência a estes conceitos do campo penal, os ministros consolidaram entendimento no sentido de exigir a demonstração de dolo genérico, direto ou eventual, para a configuração de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992. Os contornos desse conceito de dolo que pode ser extraído dos votos dos ministros, no entanto, não são exatamente claros quando transpostos para o caso concreto.

De um lado, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques consignou que o dolo compreende necessariamente o conhecimento e o querer (vontade) e que seria necessário que o agente conhecesse a norma proibitiva que está a infringir, bem como que tenha desejado infringi-la sem, no entanto, que fosse necessário buscar qualquer finalidade a mais, além do próprio objetivo reprovável. Veja-se:

não ha qualquer elemento subjetivo especial na tipologia, vale dizer, não é preciso que, para caracterizar a improbidade, o agente busque qualquer finalidade a mais além do próprio objetivo reprovável.

Uma comparação simples ajudará a entender a extensão da assertiva anterior. O art. 159 do CP diz que é crime sujeito à pena de reclusão “[s]equestrar pessoa **com o fim de** obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”. A locução “com o fim de” caracteriza um elemento subjetivo especial do tipo, uma finalidade a mais, ou, como se diz na doutrina penal, um especial fim de agir. É verdade que, para caracterizar a extorsão mediante sequestro, é desnecessário o alcance dessa finalidade, mas ela integra o tipo.

Lado a lado arts. 159 do CP e 11 da LIA, fica nítido que para este último é despicienda a busca por uma finalidade diferente da violação aos deveres nele colocados. É por isso que também não é correto exigir a presença de dolo específico. Basta o dolo lato sensu (direto – resultado querido e aderente a ação – ou eventual – risco de produção do resultado). (p. 34, grifo nosso)

Nesse sentido, o ministro parece indicar que a verificação do dolo independe da comprovação de uma intenção escusa específica na conduta dos réus em uma ação de improbidade, como de enriquecimento indevido ou favorecimento de terceiro, por exemplo, bastando a intenção de violar um princípio regente da Administração Pública que, sabidamente, deveria ser observado naquele caso concreto.

Assim, ao decidir o caso concreto, o ministro afirmou que os gestores municipais não poderiam alegar desconhecer a norma constitucional que veda a veiculação de propagandas para promoção pessoal. Eles sabiam (ou deveriam saber) que, havendo veiculação das suas imagens na campanha publicitária, poderia haver caracterização de *merchandising* pessoal e, ainda assim, anuíram com a sua veiculação, de modo que se pode concluir que agiram com dolo genérico e eventual.

Já o Ministro Humberto Martins, em seu voto, sustentou que o dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, pouco importando se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade. O ministro aproxima o dolo genérico, novamente, da tese da voluntariedade da conduta, ao exemplificar que, em caso de contratação de servidor sem concurso público, o dolo estaria configurado se for manifesta a vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, pois é inequívoca a obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República).

Assim, ao decidir o caso concreto, afirmou que:

A promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, [...] o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável, nem tolerável irregularidade, olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

A regra do ordenamento jurídico brasileiro é tão simples como conhecida de todos: o administrador que quiser fazer promoção pessoal pode fazê-lo, respeitados os limites da legislação eleitoral, desde que às suas próprias expensas. [...]

O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

(p. 16-17)

Verifica-se, portanto, uma divergência entre os ministros quanto aos contornos do dolo genérico que se pretendeu definir: se, por um lado, o Ministro Humberto Martins sustenta que o dolo seria natural, correspondente à simples vontade de fazer algo, não importando a consciência da ilicitude, por outro lado, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques parece basear-se na ideia de que o dolo envolve os elementos normativos do tipo proibitivo, de modo que, ainda que não se exija comprovação de que o agente visou enriquecer ou se favorecer,

ainda assim seria o caso de indagar se tinha consciência (ou deveria ter) de que estaria a violar um princípio regente da Administração Pública ao agir da forma como agiu.

Cuida-se da diferença entre presumir ou não o dolo como uma decorrência natural da mera violação normativa. De fato, admitir o dolo eventual e genérico ao mesmo tempo em que se espera do agente público que detenha um conhecimento excessivamente amplo acerca da aplicação concreta de todas as regras que regem a Administração Pública torna a sua responsabilização praticamente objetiva, pois

cai-se em um círculo vicioso e tautológico, que pode ser compreendido pela enumeração adiante exposta:

- a. Ao agir de forma contrária a uma lei (ou ao entendimento que dela tem o órgão que futuramente analisará eventual ação por ato de improbidade administrativa), o agente público viola o dever de observar os princípios que regem a Administração Pública;
- b. Mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do autor se dirigiu a uma finalidade específica, era certo que competia a ele conhecer os ditames da lei (ou da interpretação que dela tem o órgão julgador);
- c. Assim, no mínimo, o agente público deveria saber que o resultado da ação poderia acarretar o fim contrário à norma.

Difícilmente se pode imaginar hipótese em que o acusado, nestas circunstâncias, logre desvencilhar-se da teia em que enredado. A combinação do dolo eventual, como delineado pelo Superior Tribunal de Justiça, com a presunção praticamente absoluta de conhecimento, torna impossível tal desiderato. (NEISSER, 2018, p. 73-74)

Assim é que, sem expor com clareza, retorna-se à responsabilização objetiva do agente, sob a aparência de aceitação da exigência do dolo.

Do ponto de vista teórico, parece possível seguir o caminho trilhado pelo STJ na adoção de uma concepção de dolo que assume não ser necessária a intenção de causar dano ou prejuízo, bastando que se infrinja de maneira consciente e voluntária, um dever jurídico que pesa sobre o agente. E, nesse sentido, a discussão recai, justamente, sobre o agir consciente, sobre o elemento intelectual e sobre as circunstâncias nas quais é possível deduzir que o agente tinha consciência de que, ao agir de determinado modo, violaria norma proibitiva – o que, certamente, não se confunde com o conhecimento em tese das normas legais que regulam a Administração Pública. Diante disso, faz-se imprescindível o debate sobre os critérios a serem empregados para o fim de atribuir a determinado agente público a presunção de detenção de determinadas informações (NEISSER, 2018).<sup>15</sup> Atualmente, no entanto, ainda

• • •

15 “A falta de representação de um aspecto da realidade ou a sua apreensão em discrepância com a realidade significam, ao fim e ao cabo, que o agente não detinha, ao momento dos fatos, o conhecimento exigido para

faltam contornos dogmáticos mais definidos para o conceito de dolo no âmbito das improbidades administrativas.

Outra questão relevante que se coloca quanto ao elemento subjetivo necessário à configuração de ato de improbidade administrativo é que, paralelamente a essa definição de dolo, que se pretende técnica, os ministros do STJ, apoiados em decisões anteriores e no posicionamento majoritário da doutrina, mantêm a exigência de um elemento de desonestidade ou má-fé por parte do autor, sem o qual não há que se falar em ato de improbidade administrativa nos termos dos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992.

É justamente esse o argumento que aparece no voto do Ministro Mauro Campbell Marques no sentido de que a LIA alcança o administrador desonesto, não o inábil. Ora, essa exigência de uma verdadeira “intenção nefanda”, sem dúvida, afasta-se da assertiva dos ministros no sentido de que não seria o caso de perquirir quanto a uma finalidade específica no agir, e de que bastaria o que se denominou dolo genérico (NEISSER, 2018, p. 73).

Em uma tentativa de sistematização conceitual, Neisser (2018, p. 238-241) sustenta que a má-fé não constitui elemento do dolo, mas é condição para a imputação da improbidade administrativa ao sujeito. Assim, para a configuração do dolo, seria desnecessário identificar um intuito específico quando da prática da conduta típica. Todavia, sem que se demonstre que a conduta foi praticada com um estado mental de desonestidade, não há que se falar em improbidade administrativa.<sup>16</sup> A ausência de má-fé funcionaria, assim, como a falta

...

a imputação do dolo. [...] Uma das circunstâncias que objetivamente podem limitar ou condicionar uma conduta é falta de disponibilidade de informação precisa sobre aquilo acerca do qual deve haver decisão [...]” (NEISSER, 2018, p. 262). Para o autor, tendo em vista que o conhecimento não é aferível de modo empírico, ele poderia ser atribuído em razão (i) da mera vida em sociedade, que permite presumir que cada indivíduo dispõe de conhecimentos mínimos atribuíveis a qualquer pessoa normal, de modo que afastar esse conjunto de conhecimentos mínimos seria ônus de quem alega desconhecimento; (ii) da transmissão prévia de conhecimento realizada de forma apta a mitigar falhas de memória, aumentando a possibilidade de permanência de conteúdos mais relevantes; (iii) de o conhecimento sobre o tema ter sido previamente exteriorizado pelo sujeito (antes, durante ou depois da realização da conduta) em declarações ou atos conclusivos de exteriorização; (iv) de características pessoais do sujeito que permitam lhe atribuir determinados conhecimentos; (v) de comportamento de cegueira deliberada, quando o agente busca distanciar-se propositalmente do ato ímprobo ao delegar a terceiros o dever de conhecimento quando poderia evitar o desconhecimento.

16 “A confusão entre má-fé e dolo é compreensível, especialmente ante a ausência de uma reflexão acadêmica mais profunda sobre a imputação subjetiva na improbidade administrativa [...]. Ainda que haja notável confusão entre os institutos, chamando de dolo da improbidade aquilo que não o é – a má-fé ou desonestidade do agir –, é inegável que doutrina e jurisprudência, em raro acordo, reconhecem que não se pode falar em improbidade sem a demonstração de que a conduta foi praticada com um estado mental de desonestidade. [...] Entende-se que esse requisito se posta ao lado do dolo, sem com ele se confundir, mas também como condição

de consciência da antijuridicidade, que exclui a culpabilidade no âmbito penal (NUCCI, 2018, p. 257).<sup>17</sup>

O elemento subjetivo, nas ações de improbidade administrativa, não se limita, assim, à demonstração do dolo, nos termos da definição pouco precisa que o STJ tentou firmar no caso do REsp n. 765.212, mas abarca também a questão da má-fé, de modo que se torna inescapável que o tema da improbidade administrativa seja abordado a partir de uma compreensão mais abrangente sobre a racionalidade e a inteligibilidade da ação humana.

#### 4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO RACIONAL

A esta altura, resta claro que, ao indagar sobre o elemento subjetivo para fins de aplicação da LIA, faz-se necessário indagar sobre as razões que expliquem e, eventualmente, justifiquem uma determinada conduta. A vontade e a intenção revelam-se, assim, como os elementos humanos, inescapáveis da ação e sua investigação exige do juiz uma atitude interpretativa, no sentido de compreender as razões pelas quais o agente agiu como agiu. Como explica Lopes (2004, p. 139):

Sentido e propósito são conceitos importantes ao tratar da ação humana. Ao falar de propósito, assumimos que certo comportamento não é o resultado puro e simples de reação cega. Ele envolve alguma escolha ou intenção. Ao falar de sentido pressupomos que a pessoa poderá dar razões para a sua ação. Sentido e propósito ajudam a responder à questão ‘por quê’.

Há, aqui, uma distinção que não é suficientemente explorada nos votos dos ministros do STJ, mas que pode ser relevante para a compreensão da questão posta. Cuida-se da distinção entre (i) o comportamento irracional, fruto do reflexo ou da reação cega; (ii) o ato voluntário, vinculado a um propósito e que envolve alguma escolha ou intenção por parte do agente; e (iii) a ação racional, que é aquela vinculada a um sentido, de modo que o agente pode dar

...

sem a qual não se pode falar em improbidade administrativa. A ausência de má-fé erige-se, assim, como causa de justificação, afastando a antijuridicidade da conduta, como critério negativo, e compondo, em conjunto com o dolo, o elemento subjetivo da improbidade administrativa” (NEISSER, 2018, p. 239-241).

17 “Sob a ótica do finalismo, a conduta é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade que é analisada desde logo, sob o prisma doloso ou culposo. Para tipificar uma conduta, portanto, a análise do dolo e da culpa já são analisadas quando avaliada a tipicidade. A culpabilidade, por sua vez, é o juízo de reprovabilidade que incide sobre o autor e sobre o ato antijurídico praticado por ele: o autor precisa ser imputável e ter agido com consciência potencial da ilicitude (que é extraída do dolo), em situação na qual era exigível um comportamento conforme o Direito” (NUCCI, 2018, p. 257).

razões que expliquem e justifiquem sua conduta segundo princípios ou bens que uma dada sociedade elegeu como desejáveis.

A noção de ação racional, nos termos aqui propostos, deriva do conceito de razão prática que, segundo a tradição filosófica aristotélica, consiste em uma virtude intelectual, uma faculdade humana que permite ao agente organizar a sua percepção do mundo em unidades de sentido compartilhados socialmente, de modo que, ao agir, os fins das suas ações são justificados em função de um modo de vida. Da mesma maneira, viabiliza-se a eleição do meio mais adequado para atingir aqueles fins (MICHELON, 2010; FINNIS, 2005).

Se a ação humana é, necessariamente, orientada a fins, a direção da sua conduta, no entanto, decorre de uma escolha. Como explica Grisez (2007, p. 82-83):

[...] o primeiro princípio da razão prática oferece um requisito básico para a ação ao prescrever simplesmente que ela seja intencional, e é à luz deste requisito que os objetos de todas as inclinações se compreendem como bens humanos e se determinam como objetos de busca racional. [...] Já que o fim último específico não lhe é determinado pela natureza, o homem é capaz de assumir o compromisso básico que orienta toda sua vida. A vontade humana naturalmente é não determinada exatamente na medida que o preceito de que o bem deve ser buscado transcende a direção da razão para qualquer um dos bens particulares que são objetivos possíveis da ação humana. No entanto, a capacidade humana de escolher o fim último concreto em vista do qual ele agirá não procede de nenhum absurdo da natureza humana e de sua condição. Esta capacidade tem seu fundamento imediato na multiplicidade de fins dentre várias sínteses entre as quais o homem pode escolher, e na capacidade que dá fundamento à capacidade de escolher. [...] Essa situação revela a pequenez e a grandeza da natureza humana. A pequenez aparece na própria debilidade do primeiro princípio da razão; este princípio por si só não é capaz de guiar a ação, e a instigação da inclinação natural e a inspiração da fé são necessárias para desenvolver uma lei adequada para a vida humana. A grandeza humana aparece na transcendência do mesmo princípio; ele evoca as possibilidades sem restringi-las, permitindo assim que o homem determine por sua própria escolha se viverá para o bem mesmo, ou para um bem em particular.

Ora, o agente público que assina um contrato administrativo ou publica um edital de licitação não age por reflexo ou de forma irracional. Age voluntariamente, de forma intencional e movido por um propósito, selecionando os meios para atingir um determinado fim. Cuida-se, nesse sentido, de uma ação estratégica, que pode ser avaliada em termos de eficácia; vale dizer, se teve sucesso ou se, ao contrário, falhou.

O aspecto estratégico não dá conta, no entanto, da integralidade do sentido da ação, que pode ser avaliada, ainda, em termos da sua racionalidade prática, vale dizer, da sua prudência e adequação aos valores coletivamente vinculados ao “bem viver”, ou seja, àqueles valores escolhidos como os pilares de determinado modo de vida.

Dessa maneira, ao assinar um contrato administrativo cujo edital sabidamente não foi antecedido pelo prazo mínimo de publicidade, o agente certamente descumpra as regras da Lei de Licitações e viola os princípios da legalidade e da competitividade das licitações. Contudo apenas se ele está – ou deveria estar – ciente de que isso poderia ser prejudicial à Administração Pública, ao reduzir a competitividade do certame, e se ele não tem outras razões de interesse público que justifiquem a ação é que o agente cruza o limite da ilicitude e ingressa no terreno da improbidade administrativa, pois é somente nessas circunstâncias que se pode afirmar que a conduta não era justificável, do ponto de vista dos princípios que regem a Administração Pública.

Isso se deve ao fato de que os atos de improbidade administrativa não são um tipo específico de atos, que são intrinsecamente reprováveis e sempre merecem punição, independentemente da finalidade que o agente tem em vista quando o pratica. Um ato de improbidade pode ser o ato de assinar um contrato, de publicar um edital ou de veicular uma propaganda institucional da prefeitura, desde que seja realizado por uma razão que se revela inadequada para justificá-lo.<sup>18</sup> Apenas a avaliação do sentido que rege uma ação, portanto, é que permite classificar se o agente público praticou ou não um ato de improbidade administrativa.

Destaque-se que o sentido da ação ímproba é aquele orientado por finalidade ilegal, mas não necessariamente patrimonial. Assim, investigar o sentido da ação, avaliando as consequências ou finalidades buscadas pelo agente, não implica em demonstrar a ocorrência de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro. De fato, desnecessário demonstrar que o ato alcançou determinada consequência ou finalidade ilícita do ponto de vista patrimonial, como aliás também caminham as decisões do STJ.<sup>19</sup> Faz-se necessário, tão somente, avaliar se o ato se orienta no sentido de buscar vantagem indevida, seja ela relativa a poder, influência, aparência, ou qualquer outro objetivo que não poderia ser buscado pelo agente à frente do Poder Público.

#### 4.1. A IMPORTÂNCIA DO CONTEXTO

A tese da voluntariedade (inicialmente defendida pelo Ministro Herman Benjamin, mas, depois, descartada pelo colegiado), assim como as versões conceituais de dolo genérico que o aproximam da responsabilidade objetiva, consideram dolo a intenção de praticar o ato, ainda que

...

18 A analogia aqui empregada é semelhante àquela realizada por Korsgaard (2008, p. 224) em relação ao homicídio, que, praticado em legítima defesa, em um contexto de guerra ou na execução de uma pena de morte, é valorativamente diferente do homicídio injustificado, que se converte em puro e simples assassinato.

19 “Esta Corte possui orientação consolidada [...] a qual o enriquecimento ilícito e o dano ao erário são desnecessários para a condenação com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92” (STJ, AgInt nos EDcl no REsp n. 1745654/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 05/02/2019).

sem o propósito ou a consciência de que ele poderia alcançar resultados vedados pela norma jurídica. Dispensa-se, com isso, um exame mais pormenorizado do contexto para explicitar a vontade do agente em alcançar o resultado proibido da norma.

Todavia, se a ação humana é necessariamente ordenada segundo determinados fins, apenas compreendendo caso a caso a postura e situação de um dado agente público na qualidade de destinatário da norma jurídica é que se torna possível averiguar, ou não, a existência de dolo e de má-fé e, por consequência, de improbidade administrativa.

Um exemplo talvez possa tornar a questão mais clara. Suponha-se um caso de contratação de servidor sem concurso público. O art. 37, II, da Constituição prevê de forma inequívoca a necessidade da realização de certame para a investidura em cargo ou emprego público. Assim, nos termos da tese da voluntariedade, o dolo estaria configurado se manifesta a vontade de realizar a contratação ilegal, seria “dolo *in re ipsa*”.

Imagine-se, no entanto, um cenário no qual um prefeito de uma cidade recebe recomendações do Tribunal de Contas para que exonere os ocupantes de cargos em comissão e realize os concursos públicos necessários para o provimento dos cargos municipais. Após promover a exoneração, o prefeito procede à recontração temporária dos mesmos servidores, sem concurso público. Com base nessa descrição do cenário fático seria possível acusar o prefeito da prática de ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, por violação dos deveres de honestidade e legalidade e ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade. Afinal, ao realizar a contratação, ele certamente tinha plena ciência de que ela deveria ser precedida por um concurso público.

É possível, no entanto, que essa recontração tenha ocorrido em um contexto que a justifique. É o que se verificou em um caso, também apreciado pela Segunda Turma do STJ, que afastou a incidência da LIA por entender que, em um contexto de profunda reestruturação administrativa, a recontração temporária de funcionários sem concurso público era justificável e atendia ao interesse público. Veja-se:

[...] Em primeiro lugar, não me parece razoável atribuir a nota de improbidade ao fato, isoladamente considerado, de o Prefeito Municipal ter contratado servidores temporários para atuarem em diversas áreas, **tendo em vista a exoneração em massa de centenas de comissionados**, realizada em obediência à decisão do TCE. **Isso porque, mesmo se considerarmos, por hipótese, suficiente o prazo de 180 (cento e oitenta) dias fixado pelo TCE para o provimento de cargos mediante concurso público, pelo menos durante esse lapso de tempo alguma solução de ordem administrativa tinha mesmo de ser tomada para impedir uma paralisação abrupta na prestação de serviços públicos. Olhando por esse ponto de vista, não me parece demonstrada nenhuma evidência de que o Prefeito assim agindo tenha atuado com recalcitrância, má-fé, ou de maneira desleal**, elemento subjetivo que qualifica a ação/omissão com a nota de ímproba. [...] Compulsando os

autos, observo que, em verdade, o Município de Caruaru deflagrou três concursos distintos para o preenchimento de mais de mil cargos [...]. Faço esse registro para explicitar a dimensão da **reestruturação administrativa** que estava sendo implementada no Município, tarefa **cujas proporções demandam cautela e não se pode executar em curto espaço de tempo**. [...] o Prefeito demandado empenhou-se na edição de lei para a criação de diversos cargos, após o que sobreveio a realização de concursos [...]. **A preservação temporária daqueles que já integravam o quadro de pessoal do Município pode mesmo ter sido a solução administrativa que melhor atendeu ao interesse público**”.<sup>20</sup>

Como se vê, o Tribunal entendeu que a dispensa de centenas de servidores de cargos comissionados poderia levar a uma paralisação abrupta dos serviços públicos que seria prejudicial ao interesse público, justificando-se, portanto, a preservação temporária de funcionários que já atuavam no Município até que os concursos públicos necessários fossem realizados.

O exemplo acima evidencia que não é possível deduzir a prática de ato de improbidade da conduta em abstrato, ela não é evidente por si só, mas depende essencialmente da análise do contexto. Isso porque, como explica Korsgaard (2008, p. 221), quando se indaga pelas razões de uma dada ação, na realidade se está em busca de uma explicação para aquela ação específica, de uma descrição completa que nos permita compreender por que o agente entendeu que aquela conduta, naquele momento e daquela forma, seria adequada e justificada. A razão para uma ação conhecida só pode ser compreendida a partir do seu propósito ou fim, que deve ser inteligível como algo que vale a pena fazer em determinadas condições.<sup>21</sup>

Ressalte-se que não se trata, aqui, de uma pretensão a compreender as razões psicológicas ou sociológicas para a ação de um determinado agente empiricamente, mas de compreender se uma conduta pode ser racionalmente justificada por se orientar a determinados bens que devem ser perseguidos. No caso do agente público, como se verá com maior detalhe adiante, é certo que deve se orientar pela busca do interesse público. E é por meio de um processo

...

20 STJ, REsp n. 1660398, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 27/06/2017, DJe: 30/06/2017, grifo nosso.

21 Como coloca a autora, “nós geralmente já conhecemos a ação, então a sua descrição depende de compreender o seu propósito ou fim. Ir a Chicago para visitar a mãe é um fim inteligível como algo que vale a pena fazer, então se entendemos esse propósito, conseguimos entender o que Jack fez [...]. Quando nós perguntamos pela razão de uma ação, nós não estamos apenas perguntando se ela atingiu o seu propósito – nós estamos perguntando por um propósito que dê sentido a ação de forma integral. Para que uma ação seja justificável, ela deve ser realizada da forma correta e no momento adequado” (KORSGAARD, 2008, p. 221-222, tradução livre do original).

racional de particularização (*determinatio*)<sup>22</sup> que se torna possível realizar a derivação normativa que indica o que se deve fazer em uma situação concreta e particular.<sup>23</sup>

Nesse sentido, adentrar a consciência do agente não é apenas impossível, como também desnecessário para fins de avaliação da conduta humana em termos de expressão particularizada da racionalidade prática. Nesse sentido, afasta-se da preocupação de que a exigência desse tipo de avaliação possa inviabilizar, na prática, a prova do elemento subjetivo necessária para garantir a efetividade da LIA. Essa avaliação, no entanto, depende de uma descrição adequada do contexto, como, aliás, já vem destacando alguns autores:

Em face da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, como a *longa repetitio* e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão. (GARCIA e ALVES, 2014, p. 437)

Desse modo, é impossível a avaliação sobre o elemento subjetivo em um caso de improbidade administrativa sem a adequada instrução probatória e sem que os juízes elaborem seus votos a partir de um relatório completo e pormenorizado dos fatos. Caso contrário, estar-se-ia presumindo os fatos e, com isso, ocultando os reais motivos da tomada de decisão.

A este respeito, interessante notar que a jurisprudência do STJ vem defendendo que “o dolo exigido para configuração de ato de improbidade administrativa não se presume”,<sup>24</sup> dado o caráter punitivo da lei e a gravidade das sanções nela previstas. A bem da verdade, no entanto,

...

22 A este respeito, Finnis (2005, p. 111) esclarece, com base em São Tomás de Aquino, que o direito positivo pode ser compreendido como derivado dos princípios da razão prática por meio de um processo, ainda que não dedutivo, ainda assim racional de especificação, a *determinatio*.

23 A possibilidade de derivar um dever a partir de um fato é bem explicada por Searle (1964), ao traçar a distinção entre os fatos brutos (encontrados na natureza independentemente de regras anteriores, como comer), e os fatos institucionais (que dependem de regras que os criem e definam novas formas de comportamento, como jogar xadrez). Segundo o autor, “é geralmente uma questão de fato que alguém tenha certas obrigações, compromissos, direitos e responsabilidades, mas é uma questão de fato institucional, e não bruto” (p. 56, tradução livre do original). Assim, a partir de um fato institucionalizado, como a promessa, é possível derivar o dever ser do ser, pois a regra constitutiva das promessas estabelece que prometer é assumir uma obrigação.

24 Nesse sentido, por exemplo, os seguintes julgados: STJ, AgRg no AREsp n. 184.923/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 02/05/2013; STJ, REsp n. 1.365.529/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 05/03/2013; STJ, REsp n. 939.118/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15/02/2011.

tal afirmação não é precisa. Por sua própria natureza, o dolo e a má-fé não podem ser objeto de prova direta. A menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo e a má-fé só poderão ser determinados por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados. É apenas a partir do momento em que são inseridos em um discurso racional que os fatos provados podem conduzir à conclusão de que, em determinado contexto, a ação é justificável (ou não) em face dos princípios que regem a Administração Pública.

No caso em análise, o REsp n. 765.212/AC, os elementos fáticos à disposição da corte não eram exatamente pormenorizados, o que pode ter dificultado a tomada de decisão pelos ministros. O relatório, de uma página, traz apenas (i) o fundamento constitucional do REsp manejado; (ii) a transcrição da ementa do acórdão recorrido; (iii) o elenco das alegações de violação da legislação federal arguidas pelo recorrente, no caso o Ministério Público do Estado do Acre; e (iv) o dado sobre as páginas em que estão encartadas as contrarrazões dos agentes públicos e o parecer do Ministério Público Federal, que, na condição de *custus legis*, opinava pelo provimento do recurso.

Alguns outros dados sobre o caso podem ser extraídos dos votos dos ministros, mas as informações disponíveis são somente aquelas já veiculadas previamente: a ação de improbidade administrativa foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Acre contra um ex-prefeito e uma ex-secretária municipal de uma cidade do interior do Estado, acusados de utilizar propaganda institucional para promoção pessoal. Isso porque as suas imagens foram veiculadas no meio de um comercial da prefeitura, com duração de 45 segundos, intitulado “Senador Guiomard – A Cidade do Novo Milênio”, a qual custou aos cofres públicos R\$ 2.950,00 (dois mil, novecentos e cinquenta reais). O Tribunal de Justiça do Acre os absolveu por entender não estar configurado dolo.

Outras informações, no entanto, talvez pudessem ser úteis para a compreensão integral do problema. Não há informações, por exemplo, sobre como foi produzido o comercial, como se desenrolou o processo administrativo que lhe deu origem, se houve parecer de órgãos técnicos e jurídicos a embasar a decisão dos gestores, se a propaganda foi veiculada em ano eleitoral, ou que tipo de imagens dos agentes políticos foram veiculadas na propaganda e se traduziam uma mensagem meramente elogiosa e por quê.

A situação é agravada pelo fato de que o STJ é uma corte recursal que avalia apenas e tão somente teses jurídicas, cabendo ao Tribunal de origem avaliar o conjunto fático-probatório, descrevê-lo e, com base nele, julgar o caso. Nesse sentido, o próprio Ministro Mauro Campbell Marques em seu voto ressaltou que

o Superior Tribunal de Justiça, como instância uniformizadora da interpretação e da aplicação da legislação federal que é, não pode dizer que tais fatos não ocorreram, mas pode perquirir se eles ensejam ou não a configuração do dolo. [...] Esse comentário, conquanto simplório, e relevantíssimo, porque nas ações de proteção à moralidade

administrativa é muito importante que as instâncias ordinárias façam análise criteriosa das provas produzidas no processo e pormenorizem as condutas judicialmente combatidas, para que não só seja garantida a qualidade de seus provimentos jurisdicionais, como também se possibilite a abertura ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. (p. 35)

Resta claro, assim, que a confecção de relatórios processuais detalhados é medida simples, porém absolutamente essencial para que se possa proceder, adequadamente, à imputação subjetiva nos casos de improbidade administrativa.

#### 4.2. OS PARÂMETROS DE AVALIAÇÃO: RACIOCÍNIO JURÍDICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sustentou-se, até aqui, que indagar sobre o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa significa indagar o seu porquê, vale dizer, buscar as razões que orientam, justificam e tornam inteligível uma dada ação. A compreensão dessas razões passa necessariamente, como se disse, pelo contexto no qual a ação se desenrolou, de modo que, sem a identificação do momento e da forma pela qual determinado ato foi praticado, não é possível aferir sua adequação aos fins.

Para além da prova dos fatos circunstanciais perante os quais a ação do agente público se desenrolou, a avaliação das suas ações passa, ainda (e principalmente), pela compreensão dos bens que se almeja atingir por meio delas. É necessário compreender, a partir de uma postura de abstração empática, o ponto de vista do agente, pois a sua racionalidade é a condição de inteligibilidade das suas ações.

Ao tentar compreender os motivos da ação de um determinado agente, cabe ao julgador imaginar qual seria o pior motivo que aquela pessoa poderia ter para fazer o que fez, bem como qual seria o melhor motivo para explicar que ela tenha feito o que fez. Essas narrativas, geralmente, podem ser extraídas das peças de acusação e de defesa e deveriam, ambas, constar do relatório da decisão. Dessa forma, seria possível compreender as duas versões dos fatos e qual delas convenceu a corte, a quem caberá dizer, afinal de contas, qual das duas narrativas é mais condizente com a realidade e coerente com os fatos e provas apresentados pelas partes.

É importante considerar, ademais, que o ponto de vista do agente público, especialmente o do agente político, é o de cumprir um projeto de governo eleito, mobilizando os recursos públicos disponíveis para alcançar metas politicamente selecionadas por uma dada comunidade em um dado momento histórico. Cuida-se de um ponto de vista interno ao ordenamento jurídico que difere, substancialmente, do ponto de vista do juiz ou do promotor público, aos quais incumbe avaliar o cumprimento uma regra, a partir das categorias do proibido, do permitido e do obrigatório.

Se, para o juiz ou para o promotor de justiça, as leis servem como critério de julgamento da ação, para o agente público elas funcionam como orientações. Ocorre que, ao tomar

decisões, o agente público não está inserido em uma lógica orientada exclusivamente para o cumprimento da lei ou de evitar a improbidade administrativa, mas o de governar ou administrar – ainda que, para tanto, deva evidentemente obedecer às leis, aos decretos e a uma série de outras normas jurídicas vigentes.<sup>25</sup> Como esclarece Lopes (2004, p. 144):

Regras podem voltar-se para o passado ou para o futuro. Pode-se olhar para o passado e neste caso “julgar-lo”, e pode-se olhar para o futuro e neste caso pensar sobre os “resultados da ação”. As normas ou regras servem para estas duas tarefas. Quanto ao passado as normas podem “qualificar” o fato, [...] permitem “avaliar” ou “julgar” o que foi feito, saber se foi bom, se foi justo, se foi eficiente. Quanto ao futuro, as regras permitem-me fazer planos e imaginar resultados, que vão desde o resultado técnico (a construção de uma ponte) como resultados mais genéricos (a finalidade da minha vida, a sociedade justa). Nestes termos, as regras (técnicas, morais ou jurídicas) “orientam”, “norteiam”, ou “conduzem” à ação [...] É isto justamente o que diz Tomás de Aquino ao dizer que a lei está de duas formas na ação: uma como orientação, outra como critério de julgamento. (LOPES, 2004, p. 144)

Ao comparar o direito e a administração pública, fica claro que os respectivos raciocínios diferem porque as decisões serão avaliadas (criticadas) diferentemente. O sentido que se pode dar como resposta é diferente em cada um dos campos. No campo do direito, a crítica dá-se pela legalidade. No campo da administração pública, a crítica e a avaliação podem ser feitas em termos da persecução do interesse público, traduzido em uma série de princípios que orientam e pautam a Administração – e que incluem não só a legalidade, mas também a eficiência, a impessoalidade, moralidade e a publicidade.

Como se viu nos exemplos anteriormente analisados, em alguns casos, condutas que violam determinadas regras jurídicas podem se justificar diante de outros deveres, também assumidos pelo agente público – e que correspondem a interesses também juridicamente protegidos – como a proteção da estabilidade, da segurança jurídica e da continuidade dos serviços públicos. Em outros casos, condutas que parecem, a princípio, autorizadas pelas normas vigentes podem estar orientadas a objetivos ilegítimos, de promoção de interesses privados às custas de recursos públicos. Essa distinção, contudo, só é possível a partir da compressão do ponto de vista do agente e da sua racionalidade.

• • •

25 A racionalidade do agente público pode ser comparada, para fins de clareza do argumento, à racionalidade do motorista, que busca chegar a algum lugar e deve, ao mesmo tempo, não desobedecer às regras de trânsito. Ora, é certo que as regras de trânsito limitam e organizam a sua ação, mas um motorista que, de madrugada, em uma região perigosa, deixa de parar diante de um semáforo fechado pode ser isentado da punição por parte do agente de trânsito, por se entender que a sua conduta se justifica.

Como bem aponta Winch (1956, p. 32), para entender o que está acontecendo em uma sociedade, é necessário entender as regras segundo as quais aquelas atividades estão sendo desempenhadas. A partir do momento que se conhece a regra que um indivíduo está seguindo, é possível compreender e, em muitos casos, antecipar a sua conduta. Em alguns casos, no entanto, mesmo conhecendo a regra que uma pessoa está seguindo não é possível prever com certeza a sua conduta diante de uma determinada situação, pois se está diante de circunstâncias marcadamente diferentes daquelas em que a regra havia sido aplicada anteriormente. Nesses casos, o indivíduo deve interpretar a regra e tomar uma decisão, que pode ser avaliada como mais ou menos certa, em função da sua consistência com as regras invocadas para justificá-la (WINCH, 1956, p. 22-23).

Assim, sem compreender como se dá a gestão pública, não é possível avaliar a racionalidade de alguém que age na qualidade de gestor público, com vistas à realização de determinados projetos, à manutenção e melhoria dos serviços públicos e da estrutura administrativa. Apenas compreendendo o que faz o gestor público é possível traçar parâmetros de avaliação que sejam compatíveis com a racionalidade efetivamente empregada no seu agir.

Evidentemente, o agente público deve pautar sua conduta pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, lealdade às instituições. Isso, no entanto, não isenta os tribunais e doutrinadores de fazer uma discussão mais aprofundada sobre o que esses princípios representam na prática e qual é o parâmetro de ação esperado de um agente público. Afinal, ao se avaliarem práticas sociais específicas e orientadas segundo uma razão institucional,<sup>26</sup> é preciso ter clareza da ação ideal que se espera do agente público.

Não é possível dizer se o resultado do REsp n. 765.212/AC, ora analisado, teria sido diferente caso fossem adotados os critérios de julgamento até aqui defendidos. É possível que o STJ tivesse chegado, da mesma forma, à conclusão de que os agentes políticos atuaram de maneira dolosa no sentido de violar o princípio da impessoalidade e que, portanto, deveriam ser condenados às sanções previstas na LIA. É certo, todavia, que a elaboração de um relatório mais pormenorizado, trazendo a explicação das partes sobre a motivação do ato e uma análise mais detalhada de contexto, bem como a avaliação, nos votos, do sentido da ação dos agentes implicados, certamente faria com que a justificação da decisão tivesse mais consistência, força e, por consequência, legitimidade.

• • •

26 Adota-se, aqui, o termo “razão institucional” no sentido sugerido por Searle (1964), para se referir às razões de agir que orientam o agente diante de determinadas regras constitutivas de uma determinada prática social. Como esclarece o autor, “[...] um homem tem 5 dólares, em razão da instituição ‘dinheiro’. Tire a instituição e tudo o que ele tem é um pedaço de papel retangular pintado de verde” (SEARLE, 1964, p. 54). Instituições como o dinheiro, o casamento e as promessas são sistemas constituídos por regras e convenções das quais decorrem direitos, deveres e padrões adequados de comportamento. Isso também se pode dizer das instituições que constituem e organizam o Estado e a Administração Pública.

Esse resgate da noção de razão prática poderia, inclusive, contribuir para a discussão sobre a complexa dosimetria das sanções concretamente aplicadas a casos de improbidade administrativa. De fato, a LIA determina que as sanções aos atos de improbidade administrativa serão aplicadas isolada ou cumulativamente, a depender da gravidade dos fatos e levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Evidentemente, na falta de dano ao erário e de proveito patrimonial, a sanção deve ser minorada, mas a gravidade da conduta do réu poderia ser melhor compreendida a partir da noção de razão prática como critério interpretativo – ainda que não se trate, evidentemente, da panaceia de todas as dificuldades dogmáticas impostas pela LIA.<sup>27</sup>

## CONCLUSÃO

Na aplicação da LIA, a jurisprudência do STJ vem debatendo a necessidade de demonstração de dolo ou culpa para que se proceda à responsabilização do agente público que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, assim, atenta contra os princípios da Administração Pública. Mais recentemente, o tribunal firmou entendimento de que é necessária a demonstração de que o agente atuou com dolo, não se punindo como ímprobos as condutas culposas. Isso significa que havendo negligência, imprudência ou imperícia, haverá irregularidade administrativa a ser sancionada em outras esferas de controle, mas não pela Lei n. 8.429/1992.

Nesse sentido, como coloca o Ministro Mauro Campbell em seu voto no REsp n. 765.212/AC, “seria acaso imaginável que alguém pudesse ser desleal ou desonesto sem querer? É possível ser ímprobo a título de culpa? A resposta só pode ser negativa, pois os conceitos de probidade e improbidade exigem necessariamente o querer, o agir com vontade” (p. 32). A improbidade, assim, só se configura nos casos em que a ilegalidade cometida é qualificada pela intencionalidade contrária ao sentido da norma, pela má-fé.

O dolo que se exige, nos termos das decisões recentes do STJ,<sup>28</sup> no entanto, é o dolo genérico ou *lato sensu*, que vem sendo conceituado como a vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora, bastando a comprovação da vontade consciente de aderir à conduta,

...

<sup>27</sup> A falta de critérios mais objetivos para a dosimetria das sanções talvez só possa ser sanada, efetivamente, pela via da alteração legislativa. A este respeito, ressalte-se que tramitam, na Câmara dos Deputados, diversos projetos de lei com vistas à alteração do regime de processamento das Ações de Improbidade Administrativa, como o PL 233/2015 e o PL 10.887/2018.

<sup>28</sup> “É pacífica a jurisprudência desta Corte de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 **exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico**” (AgInt no REsp n. 876.248/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe: 29/09/2016, grifo nosso).

produzindo os resultados vedados pela norma jurídica ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria.<sup>29</sup>

O presente artigo procurou evidenciar, no entanto, que a busca do Tribunal pelo elemento subjetivo doloso para a configuração do ato de improbidade administrativa que viola os princípios da Administração Pública (art. 11, Lei n. 8.429/1992) padece de considerável falta de clareza, uma vez que não se baseia em uma teoria mais sólida acerca da ação humana.

O Tribunal descartou, acertadamente, a tese da voluntariedade, concluindo pela necessidade de se perquirir acerca da finalidade da ação praticada. De fato, toda ação humana é necessariamente orientada a determinados fins. Ao excluir a análise da finalidade da ação, a tese da voluntariedade terminava por admitir a responsabilização objetiva do agente público.

Cuida-se, sem dúvida, de um avanço, mas talvez não seja suficiente para responder à pergunta que se coloca: “por quê?”. Ora, indagar sobre o elemento subjetivo da ação, que abrange o dolo e a má-fé do agente público, para fins de aplicação da LIA, é indagar sobre as razões que expliquem e, eventualmente, justifiquem uma determinada conduta.

Assim, a partir de um resgate da noção clássica de razão prática, sugeriu-se uma distinção entre o comportamento irracional de um lado, o ato voluntário orientado a determinados fins de outro, e, ainda, a ação racional dotada de sentido. A distinção, acredita-se, permite ter clareza de que nem toda conduta ilegal, ainda que intencional e voluntária, é injustificável do ponto de vista dos princípios que regem a Administração Pública. Da mesma forma, nem toda conduta formalmente legal deixa de ser ímproba, pois pode estar orientada a objetivos ilegítimos, de promoção de interesses privados às custas de recursos públicos.

De fato, diferentemente dos ilícitos penais, como matar alguém, os atos de improbidade administrativa não são um tipo específico de ato intrinsecamente reprovável. Via de regra, cuida-se de atos administrativos aparentemente regulares – os atos de assinar um contrato, de publicar um edital ou de veicular uma propaganda institucional convertem-se em ímprobos, a depender da finalidade que o agente tem em vista quando o pratica e se as razões que ele fornece para praticá-lo se revelam adequadas aos princípios que regem a Administração Pública.

Do ponto de vista dos tribunais, perquirir sobre a existência de um ato de improbidade depende de investigar o sentido da ação, o que depende, largamente, do contexto. O sentido de uma ação específica só pode ser compreendido circunstancialmente, se inserido no tempo e no espaço. Por esse motivo, é absolutamente imprescindível que o processo judicial se preste a provar adequadamente os fatos que circundam uma conduta supostamente ímproba. É

...

<sup>29</sup> STJ, REsp n. 765.212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 02/03/2010, DJe: 23 jun. 2010, p. 34. No mesmo sentido, ver STJ, AgRg no REsp n.1.539.929/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 02/08/2016.

essencial, ainda, que a motivação da decisão judicial nas ações de improbidade se dedique a revelar inteligibilidade da ação do agente público, levando em conta que o administrador público age no sentido de realizar projetos públicos e não apenas com vistas a evitar a ilegalidade.

Deixar de explicitar o contexto ou os princípios que estão em jogo em uma decisão tomada por um agente público equipara-se a presumir o seu dolo no caso concreto, ocultando vícios na motivação de sentenças e acórdãos, na medida em que não ficam claros ou explicitados os reais motivos de decidir. Certamente, a decisão judicial não é um ato de subsunção lógica, mas uma prática interpretativa que deve estar submetida à adequada justificação, sob pena de esconder, sob um verniz de legitimidade, ares de arbitrariedade judicial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. Improbidade e dolo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Boletim Científico MPU*, a. 10, n. 36, Brasília, 2011. p. 53-65.

FINNIS, John. Foundations of Practical Reason Revisited. *Journal Articles*. Notre Dame Law School, v. 50, Paper 868, 2005. Disponível em: [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/868](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/868). Acesso em: 17 set. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa: história de um conceito*. Conferência proferida pelo autor na aula final de formatura dos alunos da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública – O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. Tradução de José Reinaldo Lima Lopes. São Paulo, *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 51-89, 2007.

JURUENA, Cynthia Gruending; LEAL, Rogério Gesta. Interloquções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *Barbarói*, Edição Especial, n. 42, p. 268-287, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KORSGAARD, Christine M. *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*. New York: Oxford University Press, 2008.

LOBO DA COSTA, Regina Helena. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES, José Reinaldo Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 2, n. 8, p. 137-170, 2004.

MICHELON, Claudio. Practical wisdom in legal decision-making. *Working Paper Series*, n. 13, 2010, University of Edinburgh, School of Law. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585929>. Acesso em: 17 set. 2019.

NEISSER, Fernando Gaspar. *A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal*. Tese (Doutorado em Direito), 2018. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Lyts de Jesus. Há improbidade por violação a princípios sem dano ao patrimônio público? *Revista da AGU*, ano 10, n. 30, Brasília, dez. 2011. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7983748>. Acesso em: 17 set. 2019.

SEARLE, John R. How to derive 'ought' from 'is'. *The Philosophical Review*, v. 73, n. 1, p. 43-58, 1964. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2183201>. Acesso em: 17 set. 2019.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

WINCH, Peter. Social Science. *The British Journal of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 18-33, 1956. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/588128>. Acesso em: 17 set. 2019.

YIN, Robert T. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1937. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201937>.

*Vivian Maria Pereira Ferreira*

MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). DOUTORANDA EM FILOSOFIA DO DIREITO NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

*vivianmpferreira@gmail.com*

V. 15 N. 3

SET-DEZ 2019

ISSN 2317-6172

**34**

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA  
**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**