

**ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITOS,  
INSTITUIÇÕES E NEGÓCIOS**

# **DIÁLOGOS BRASIL - REINO UNIDO**



**COMPARATIVO DE JURISPRUDÊNCIA E  
DIREITO ECONÔMICO (UFF - PPGDIN)**

**ORGS.  
PLINIO LACERDA MARTINS  
SERGIO GUSTAVO DE MATTOS PAUSEIRO  
EDUARDO CHOW DE MARTINO TOSTES**



**ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITOS,  
INSTITUIÇÕES E NEGÓCIOS**

DIÁLOGOS

BRASIL - REINO UNIDO

COMPARATIVO DE JURISPRUDÊNCIA

E DIREITO ECONÔMICO

(UFF PPGDIN)

Organizadores:

Plinio Lacerda Martins

Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro

Leonardo Vizeu

PPGDIN/UFF

2023

---

Direitos autorais © 2023 IDPP e EDUCAM.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida ou armazenada em um sistema de recuperação, ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, gravação ou outro, sem a permissão expressa da editora.

ISBN: 978-65-993766-9-6

Design da capa por: IDPP e EDUCAM

EDITORAS:

Instituto de Direito Público e Privado do Brasil – IDPP

Editora Universitária Cândido Mendes – EDUCAM

---

Diálogos Brasil-Reino Unido: comparativo de jurisprudência e direito econômico. Organização: Plínio Lacerda Martins, Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Eduardo Chow De Martino Tostes. 1. Ed. Rio de Janeiro: IDPP/EDUCAM, 2023.

PDF.

Vários autores.

ISBN: 978-65-993766-9-6.



Instituto de Direito Público e Privado do Brasil

#### CONSELHO EDITORIAL

Plínio Lacerda Martins –  
Doutor em Direito pela UFF

Professor da Universidade  
Federal Fluminense – UFF

Guilherme Magalhães Martins  
– Doutor pela UERJ

Professor da Universidade  
Federal do Rio - UFRJ

Sergio Gustavo de Mattos  
Pauseiro – Doutor pela UFF

Professor da Universidade  
Federal Fluminense – UFF

Marcos Cesar de Souza Lima  
– Doutor pela UFF

Professor da Universidade  
Veiga de Almeida-UVA

Eduardo Chow De Martino  
Tostes – Doutor pela UFF

Professor da Universidade  
Cândido Mendes – UCAM

Pedro Pedro Rubim Borges  
Fortes – Doutor pela UFF

Professor da Universidade  
Estadual do Rio – UERJ

Carla Izolda Fiuza Costa  
Marshall – Doutora pela UGF

Professora do IBEMC

Leonardo Vizeu Figueiredo –  
Doutor pela UFF

Professor da Universidade  
Federal Fluminense - UFF

Travessa do Paço, 23/806, Centro, Rio de Janeiro



**EDITORA UNIVERSITÁRIA CANDIDO MENDES-EDUCAM**

**Reitora**

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro

**Editores-Chefes:**

Eduardo Chow De Martino Tostes

Leonardo Soares Madeira Iorio Ribeiro

**Conselho Editorial (2023)**

Alexandre Santos de Aragão

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro

Edson Alvisi Neves

Eduardo Chow De Martino Tostes

Fernando Moreira Reis

Gisele Alves Bonatti

João Marcelo de Lima Assafim

Karlo Fonseca Tinoco

Leonardo Soares Madeira Iorio Ribeiro

Luis Claudio Martins de Araujo

Maria Fernanda Dias Mergulhão

Pedro Rubim Borges Fortes

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Renan Aguiar

Ricardo Luiz Sichel

Sidney Cesar Silva Guerra

**Conselheiro Benemérito:**

Candido Mendes (in memoriam)

## APRESENTAÇÃO

A presente obra jurídica retrata os artigos aprovados no I Seminário Sobre Diálogos Brasil – Reino Unido: Comparativo de Jurisprudência e Direito Econômico, realizado na Universidade Federal Fluminense – UFF no dia 12 de setembro de 2022. Os artigos aprovados foram debatidos no Grupo de Trabalho Intervenção do Poder Público e Liberdade Econômica e no Grupo de Trabalho de Relações de Consumo e Tutela Coletivas. No Grupo de Trabalho Intervenção do Poder Público e Liberdade Econômica reuniu discussões que tenham como hipótese de pesquisa o direito regulatório, a gestão pública e as questões envolvendo as concessionárias de serviço público. Com o advento da Constituição da República de 1988, foi instaurado um novo modelo de ordem econômica centralizado na livre iniciativa, que é prevista tanto como fundamento da ordem econômica brasileira, como do próprio estado democrático de direito. Entretanto, é possível constatar, por meio de estudos estatísticos e pesquisa de jurisprudência dos tribunais superiores, que tal modelo não fora colocado em prática, mantendo-se a forte tradição estatizante do país. Nesse contexto, nota-se a precisão do diagnóstico traçado pela Lei 13.874/2019. A chamada Lei da Liberdade Econômica propõe-se a exercer o árduo papel de sensibilizar o administrador para as A presente obra jurídica retrata os resumos expandidos aprovados no I Seminário Sobre Diálogos Brasil – Reino Unido: Comparativo de Jurisprudência e Direito Econômico, realizado na Universidade Federal Fluminense – UFF no dia 12 de setembro de 2022. Os artigos aprovados foram debatidos no Grupo de Trabalho Intervenção do Poder Público e Liberdade Econômica e no Grupo de Trabalho de Relações de Consumo e Tutela Coletivas. No Grupo de Trabalho Intervenção do Poder Público e Liberdade Econômica reuniu discussões que tenham como hipótese de pesquisa

o direito regulatório, a gestão pública e as questões envolvendo as concessionárias de serviço público. Com o advento da Constituição da República de 1988, foi instaurado um novo modelo de ordem econômica centralizado na livre iniciativa, que é prevista tanto como fundamento da ordem econômica brasileira, como do próprio estado democrático de direito. Entretanto, é possível constatar, por meio de estudos estatísticos e pesquisa de jurisprudência dos tribunais superiores, que tal modelo não fora colocado em prática, mantendose a forte tradição estatizante do país. Nesse contexto, nota-se a precisão do diagnóstico traçado pela Lei 13.874/2019. A chamada Lei da Liberdade Econômica propõe-se a exercer o árduo papel de sensibilizar o administrador para as tempo defender os direitos da parte inversa na relação negocial, que é denominado de empresário.

SERGIO GUSTAVO DE MATTOS PAUSEIRO

Professor adjunto

PPGDIN UFF

## SUMÁRIO

---

---

**A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A REVISÃO DO  
CONTRATO: Uma breve retrospectiva histórica 13**

*André Roberto de Souza Machado*

---

---

**APONTAMENTOS SOBRE O MARCO LEGAL DO SANEAMENTO  
BÁSICO EA EFETIVA UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL  
NO MUNCÍPIO DO RIO DE JANEIRO: A IMPORTÂNCIA DA  
ATUAÇÃO JURISDICIONAL 60**

*Wilson Madeira Filho*

*Sandro Lúcio Barbosa Pitassi*

---

---

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA  
DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE À LUZ DAS SUBJETIVIDADES  
PÚBLICAS 83**

*Diogo Alves Verri Garcia de Souza*

*Rafael Lucas da Silva Santos*

---

---

**RISCOS E AMEAÇAS À INTEGRIDADE DO DIREITO CONSUMIDOR  
ENQUANTO SISTEMA PELO ADVENTO DAS NOVAS  
TECNOLOGIAS 123**

*Sidney Rosa da Silva Junior*

---

---

**DA DESNECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA  
ADMINISTRATIVA PARA O INGRESSO EM JUÍZO DE DEMANDAS  
QUE ENVOLVAM RELAÇÃO DE CONSUMO 141**

---

---

*Arthur Cunha da Costa Lima*

---

---

*Plinio Lacerda Martins*

---

---

**A RESPONSABILIDADE DAS NOVAS CONCESSIONÁRIAS  
PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO NAS  
CONDENAÇÕES JUDICIAIS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER  
ORIGINALMENTE AJUIZADAS EM FACE DA CEDAE 169**

---

---

*Arnaldo Goldemberg*

---

---

**EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 E  
REGULAÇÃO NO RIO DE JANEIRO EM CONTRAPOSIÇÃO À LEI DE  
LIBERDADE ECONÔMICA 255**

---

---

*Eduardo Azeredo Rodrigues*

---

---

*Ana Clara Pinheiro Pinhal e Azeredo Rodrigues*

---

---

*Matheus Felgueiras de Miranda*

---

---

**GUERRA RUSSO-UCRANIANA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO  
ECONÔMICO E A QUEDA DO EURO 287**

---

---

*Eduardo Azeredo Rodrigues*

---

---

*Caio Menezes do Amaral*

---

---

*Juliana Scarpa Vieira Peixoto*

---

---

**OS IMPACTOS DA GUERRA ENTRE RÚSSIA E UCRÂNIA NO  
DIREITO ECONÔMICO 328**

---

---

*Eduardo Azeredo Rodrigues*

---

---

*Aila de Lima Teixeira Jardim*

---

---

**A ATUAÇÃO POLICIAL COMO GARANTIA DA LIVRE INICIATIVA  
ENQUANTO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE  
DIREITO BRASILEIRA. 358**

---

---

*Cleber da Cruz Cunha*

---

---

*Mônica Alves de Carvalho Cunha*

---

---

**TAXA MÉDIA DE JUROS NOS TRIBUNAIS 392**

---

---

*Arnaldo Goldemberg*

---

---

**LGPD E RECONHECIMENTO FACIAL 442**

---

---

*Flávia Dantas Soares*

---

---

*Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado*

---

---

*Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira*

---

---

**DO MERCADO AO CONSUMIDOR: UM ESTUDO À LUZ DO  
DIREITO ECONOMIA 466**

---

---

*Rafael de Oliveira Monaco*

---

---

**CRIPOMOEDAS E O ESQUARTEJAMENTO DA LIVRE INICIATIVA  
518**

---

---

*Fagner Vinicius de Oliveira*

---

---

**DARK PATTERNS: VOCÊ ESTÁ SENDO MANIPULADO! 544**

---

---

*Simone de Oliveira Souza*

---

---

*Fernando Gama de Miranda Netto*

**FRAUDES EM BOMBAS DE GÁS NATURAL: ESTUDO DE CASOS  
SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS NO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO 594**

---

*Mariana Boechat da Costa*

---

*Luciana Picanço de Oliveira Brandolin*

---

**A REGULAÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA ATRAVÉS DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS: UM COMPARATIVO BRASIL-ESTADOS  
UNIDOS DO DESENVOLVIMENTO DO MODELO DAS AGÊNCIAS  
637**

---

*Michelle Bruno Ribeiro*

---

**DECISÕES AUTOMATIZADAS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO –  
A “ALGORITMIZAÇÃO” DO DIREITO ADMINISTRATIVO 673**

---

*José Ricardo Parreira de Castro*

---

**O DIREITO À ÁGUA E AS FAVELAS: UMA ANÁLISE DO CASO DA  
PRIVATIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO RIO DE JANEIRO  
748**

---

*Eduardo Chow De Martino Tostes*

---

*Carlos André Coutinho Teles*

---

**OS REFLEXOS DA LEI DA PANDEMIA NAS RELAÇÕES DE  
CONSUMO 794**

---

*Luciana Picanço de Oliveira Brandolin*

**JUDICIALIZAÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICAS E A  
RESPONSABILIDADE FISCAL: UMA ANÁLISE DA RESERVA DO  
POSSÍVEL 830**

---

*Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães*

---

**INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E JUSTIÇA BASES ONTOLÓGICAS DO  
SER EM REDE 867**

---

*Reinaldo Fernandes Retto*

---

**SOFT REGULATION E “DES”INCHAÇO NORMATIVO 911**

---

*Carla Izolda Fiuza Costa Marshall*

---

**DIREITO À INFORMAÇÃO TRIBUTÁRIA NAS RELAÇÕES DE  
CONSUMO 937**

---

*Soniárlei Vieira Leite*

---

*Edson Alvisi Neves*

---

*Plínio Lacerda Martins*

---

**O SUPERENDIVIDAMENTO E O NEOLIBERALISMO NO BRASIL: O  
PERIGO DA POLÍTICA DE CONCESSÃO DE CRÉDITO DO GOVERNO  
FEDERALEM 2022 958**

---

*Plínio Martins Lacerda*

---

*Rodrigo Lemes Martinez Torres*

---

*Telson Pires*

**OVERREGULATION E UNDERREGULATION: ANÁLISE ECONÔMICA  
986**

*Carla Izolda Fiuza Costa Marshall*

*Veronica Teixeira Duarte*

**A LIVRE INICIATIVA E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA:  
A SLU E OS DESAFIOS DO MERCADO 1013**

*Verônica Teixeira Duarte*

*Carla Izolda Fiuza Costa Marshall*

**A LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 1036**

*Maria da Penha Nobre Mauro*

**OS DESAFIOS E OS BENEFÍCIOS NA APLICAÇÃO DOS MEIOS  
EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO  
CONSUMIDOR 1060**

*Vitor Luiz de Andrade*

*Rodrigo Henrique Roca Pires*

**DA ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL AO  
TRATAR DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM 1084**

*Marcelo Lopes da Silva*

**A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A REVISÃO DO  
CONTRATO: Uma breve retrospectiva histórica**

**André Roberto de Souza Machado**

Doutorando do Programa de Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor convidado dos cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas. E-mail [andrrsm@id.uff.br](mailto:andrrsm@id.uff.br)

Resumo: A pesquisa desenvolvida teve o escopo de analisar a evolução histórica da revisão judicial do contrato em razão das alterações supervenientes das circunstâncias, desde as primeiras referências no direito antigo, passando pelo direito romano, pelo direito na Idade Média, pelo período das grandes codificações do século XIX, pelo período pós-guerra no século XX, chegando às crises do *subprime* e da Covid-19 no século XXI.

Palavras-chave: contratos – alterações das circunstâncias – revisão judicial

Abstract: The research developed had the scope to analyze the historical evolution of the judicial review of the contract due to the supervening changes of circumstances, from the first references in ancient law, through Roman law, law in the Middle Ages, the period of the great codifications of the nineteenth century, the post-war

period in the twentieth century, reaching the crises of subprime and Covid-19 in the 21st century.

Keywords: contracts - changes in circumstances - judicial review

Sumário: 1. Introdução. 2. A Força Vinculante do Contrato e as Alterações Supervenientes das Circunstâncias no Direito Romano. 3. A Cláusula *Rebus Sic Stantibus* na Idade Média. 4. A Cláusula *Rebus Sic Stantibus* nas Codificações do Século XIX. 5. A Cláusula *Rebus Sic Stantibus* no Século XX. 6. A Cláusula *Rebus Sic Stantibus* no Contexto das Grandes Crises do Início do Século XXI. 7. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O direito civil compreende as relações jurídicas mantidas entre particulares, no âmbito de suas vidas privadas, sendo um dos ramos mais antigos do Direito e descendo raízes até o direito romano antigo, por volta dos anos 149 a 126 a.C.<sup>1</sup>. Dentre os institutos de direito civil mais destacados encontra-se o contrato, concebido, em linhas gerais, como ato jurídico lícito que nasce de um acordo de vontades, firmado livre e conscientemente entre agentes capazes, do qual emanam obrigações vinculativas cuja execução pode ser exigida por meio da força coercitiva estatal.

<sup>1</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, 20th Edition. Forense, 2021. VitalBook file.

Como ensina Moreira Alves, difere o conceito de contrato no direito moderno e no direito romano, pois enquanto no direito moderno o contrato é o acordo de vontade de duas ou mais pessoas que visa a constituir, a regular, ou a extinguir uma relação jurídica de direito privado, abrangendo não somente o denominado contrato obrigatório (*contratto obbligatorio*, dos italianos; *Schuldvertrag* ou *obligatorischer Vertrag*, dos alemães), mas também outros acordos como os de direito de família, o mesmo não ocorria no direito romano, onde a noção de contrato (*contractus*) era mais restrita, abrangendo somente os acordos de vontade que se destinavam a criar relações jurídicas obrigacionais.<sup>2</sup>

No que concerne ao elemento volitivo, observa Roppo que “no direito romano clássico, por exemplo, não existia – nos termos em que hoje a concebemos – uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações econômicas”<sup>3</sup>. Aponta o notável professor italiano que o direito romano clássico se importava mais com a cerimônia, com o ritual, do que com a vontade propriamente dita.

Contudo, é possível identificar tanto no conceito de contrato do direito romano, como na concepção moderna de contrato, o acordo de vontades como sendo um elemento comum. É certo que o papel exercido pela vontade, como elemento substancial do contrato, não foi sempre uniforme, oscilando como elemento de menor ou de maior importância conforme o momento histórico e o sistema jurídico vigentes. Todavia, quando cuidamos de estudar o instituto jurídico do contrato em qualquer tempo, a vontade aparece como um elemento a ser analisado, assim como a maior ou menor força obrigatória a ela atribuída.

<sup>22</sup> Idem, p. 474.

<sup>3</sup> ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 16.

Assim, por exemplo, a força vinculativa da vontade manifestada consensualmente por agentes capazes, isto é, por sujeitos de direito considerados legalmente aptos a compreender e aceitar os direitos e as obrigações estabelecidas, confere ao contrato o *status* de principal instrumento privado de circulação de riquezas no regime capitalista, sendo engrenagem essencial para o funcionamento dos mercados especialmente quando analisado no contexto das economias liberais.

Mas, e se a vontade foi manifestada (a fé jurada) sob circunstâncias fáticas existentes ao tempo da declaração que, por alterações supervenientes, deixaram de existir ou foram substancialmente modificadas? Ainda assim permaneceria obrigatório e eficaz o contrato, mesmo quando o ônus para o seu cumprimento tivesse se tornado manifestamente excessivo?

Seja por integrar a ritualística dos romanos, por ser um dogma religioso para os canonistas ou um elemento de confiança para o funcionamento dos mercados liberais, fato é que a força obrigatória atribuída à vontade manifestada por meio de contrato é, a um só tempo, a razão que justifica a sua existência e a que coloca em dúvida a sua eficácia.

Este artigo é dedicado a identificar e compreender como, ao longo da história, o direito procurou responder a essas perguntas.

#### A FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO E AS ALTERAÇÕES SUPERVENIENTES DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO DIREITO ROMANO

Reconhecida, no direito romano, a força vinculante do acordo de vontades, capaz de criar obrigações dotadas de coercibilidade por meio de uma ação, insta retomar as indagações

formuladas anteriormente: e se a vontade fosse manifestada sob circunstâncias fáticas existentes ao tempo da declaração que, por alterações supervenientes, deixassem de existir ou fossem substancialmente modificadas? Ainda assim permaneceria obrigatório e eficaz o contrato, mesmo quando o ônus para o seu cumprimento tivesse se tornado manifestamente excessivo?

Como salienta Menezes Cordeiro: “A ideia de que a adstringibilidade do comportamento humano depende das circunstâncias fáticas condicionantes da sua constituição, modificando-se com a alteração destas, tem raízes na cultura da Antiguidade.”<sup>4</sup>

Mais de um milênio antes de Roma, o direito antigo já enfrentava tais indagações por meio de uma fórmula que se sagrou conhecida como *rebus sic stantibus*, por meio do seguinte mandamento: “Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar o trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”.<sup>5</sup>

Embora de origem controversa, sabe-se que a cláusula *rebus sic stantibus* remonta a um passado distante, com referência no Código Hamurabi, em 2400 a.C.<sup>6</sup> Extraída da fórmula *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, o que, de acordo com Otávio Luiz Rodrigues Júnior, equivaleria à seguinte formulação: “(...) os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo o tempo, ao mesmo

<sup>4</sup> CORDEIRO, António Menezes. Da Boa-fé no Direito Civil. 7a. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 938.

<sup>5</sup> SIDOU, J. M. Othon. A Revisão Judicial dos Contratos – 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 3.

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 137.

estado de coisas”<sup>7</sup>, a denominada cláusula se manteria presente até o início do século XVII.

Na Roma antiga, entretanto, a presença da cláusula *rebus sic stantibus* é objeto de controvérsia, ante a ausência de uma estrutura clara e precisa. Como bem observa Menezes Cordeiro:

“A regra da eficácia jurídica das alterações das circunstâncias era desconhecida, como princípio, no Direito romano, não por se tratar de alterações desse tipo, mas por estar em jogo um princípio geral. Na falta de um modo de pensar jurídico sistemático, não cabe, sem violência, falar em princípios gerais. Os romanos conheciam, pois, a nível filosófico-literário como a nível jurídico, a relevância, nas situações humanas, das modificações fácticas. Esse vector, a aplicar, como tudo, em situações típicas pré-determinadas, não era um princípio porque o pensamento romano não era sistemático.”<sup>8</sup>

Mesmo diante da ausência de regras expressas e claras acerca da cláusula no direito romano, não são raros os indícios de que mesmo naquela época os romanos reconheceriam o impacto das alterações supervenientes das circunstâncias sobre as obrigações.

Neste sentido indaga Othon Sidou: “Se, há pelo menos 2.700 anos antes de nossa era, o homem condicionava seus acertos a eventos futuros capazes de os modificar, por que não teriam agido assim os romanos em seus treze séculos de história?”<sup>9</sup>

Mas, se nos escritos jurídicos dos romanos os historiadores não identificam a presença clara e precisa da cláusula *rebus sic stantibus*, o mesmo não se pode dizer dos escritos filosóficos de Cícero e de Sêneca que, por meio de suas lições morais, apontam para a

<sup>7</sup> JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. Revisão Judicial dos Contratos – Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

<sup>8</sup> CORDEIRO, ob. cit. p. 940 e 941.

<sup>9</sup> SIDOU, ob. cit., p. 3.

importância da manutenção do estado de coisas, das circunstâncias, para que se possa manter obrigatória uma promessa.

No livro *De Officiis ad Marcum filium*, Cícero afirma que, muitas vezes afiguram-se circunstâncias nas quais as coisas que até então pareciam justas, mudam de sentido e tomam caminho oposto. Assim, nem sempre será contrário à justiça não restituir o depósito ou descumprir a promessa, nem isto significará desconhecer a verdade e a fé empenhada<sup>10</sup>.

Também o filósofo estoíco Sêneca, em sua obra *De Beneficiis*, condiciona a obrigatoriedade de uma promessa à inalterabilidade do estado de coisas, afirmando: “Todas as condições devem ser as mesmas de quando eu fiz a promessa, se você quer me manter preso em honra de cumpri-la.”<sup>11</sup>

As lições filosóficas de Cícero e Sêneca possuem particular importância porque coligadas ao ulterior desenvolvimento da doutrina escolástica, que forjou o reconhecimento da promessa como fonte verdadeira e própria de obrigações no direito canônico e, posteriormente, no direito comum. Tal filosofia foi também utilizada pela escolástica para justificar a eficácia liberatória do cumprimento do contrato - que suporta mudanças imprevistas nas situações de fato - sendo considerada o ‘germe’ do princípio expresso pela subordinação do vínculo jurídico nascido da promessa, a tácita cláusula *rebus sic stantibus*.

Das lições de Cícero, no século I a.C., e de Sêneca, no século I d.C., muitos são os autores que concluem que os romanos não foram alheios às alterações supervenientes das circunstâncias como justa

<sup>10</sup> Apud SIDOU, ob. cit. p. 4.

<sup>11</sup> SENECA. Sobre os Benefícios (p. 136). Montecristo Editora. Edição do Kindle.

causa para o não cumprimento de uma obrigação, como defende Othon Sidou ao afirmar que:

O problema, decerto, não é o de perquirir se a posteriormente apelidada cláusula *rebus sic stantibus* – um nome ‘latinamente brutto ma concettualmente energico’, no sentir de Cogliolo – teve aplicação generalizada entre os romanos. Porque, se aplicada, como não há dúvida que o foi, mesmo como exceção, tem tal circunstância a intensidade de um depoimento acerca de que o povo rei já a preservava em seus parâmetros éticos, no sentido da autonomia volitiva, quando menos do pressuposto dinâmico da vontade, no acompanhamento dos contratos.<sup>12</sup>

De fato, como bem observa Othon Sidou<sup>13</sup>, não era desconhecida dos romanos a possibilidade de submissão de uma obrigação a uma condição, evento futuro e incerto cuja verificação seria capaz de afetar a eficácia de uma promessa, afastando-lhe a obrigatoriedade. Dentre as causas extintivas dos contratos no direito romano, Moreira Alves relaciona tanto a impossibilidade superveniente e objetiva da prestação, quanto o implemento da condição resolutiva<sup>14</sup>.

Sendo assim, a relatividade de uma obrigação ante a superveniente alteração das circunstâncias não era situação estranha aos romanos, quer pelo que se pode extrair das lições morais de seus filósofos, quer pelos fragmentos normativos que apontavam para a existência de obrigações condicionais, muito embora não tenham formulado uma cláusula geral *rebus sic stantibus*, o que somente viria a acontecer com o direito canônico, por meio dos *Decretus Gratiani* (1141 a 1155).

<sup>12</sup> SIDOU, ob. cit. pp 8 e 9.

<sup>13</sup> Idem, p. 6.

<sup>14</sup> ALVES, ob. cit. p. 465.

Do direito antigo até os postulados do direito canônico, na idade Média, teve-se que a sujeição das partes contratantes à palavra dada dependiam da manutenção do mesmo estado de coisas que se verificava presente quando tal promessa havia sido realizada.

#### A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* NA IDADE MÉDIA.

O fim da Antiguidade e o início da Idade Média é marcado pelo declínio do Império Romano e o crescimento do domínio de outros povos, como os germânicos e os eslavos. No século IV ocorre a divisão do Império Romano em dois impérios: o do Ocidente (Roma) e o do Oriente (Constantinopla). No mesmo período, o Império Romano passa a adotar uma nova religião, o cristianismo e assiste ao surgimento de um sistema jurídico próprio da comunidade cristã, o direito canônico. O direito canônico, enquanto sistema jurídico religioso, se desenvolveu à margem do direito romano e com ele coexistiu em um sistema dualista laico e religioso.

Enquanto o direito romano, principalmente no período de Justiniano, dedicava grande atenção ao direito das obrigações, os sistemas jurídicos que o sucederam na Alta Idade Média, nas sociedades arcaicas e nas sociedades de tipo feudal, o direito das obrigações era pouco desenvolvido, pois sendo sociedades baseadas em uma economia fechada, poucos tipos contratuais eram necessários para a satisfação dos interesses dos membros desses grupos sociais. Afinal, em um sistema feudal, clânico ou familiar, o direito de propriedade e a liberdade de dispor dos seus bens era bastante limitada, inibindo naturalmente o desenvolvimento do direito contratual naquele período.

Como aponta Gilissen: “No direito germânico, no direito da monarquia franca, no direito da época feudal, bem como noutros

direitos arcaicos, o direito das obrigações apenas desempenhou um papel acessório.”<sup>15</sup>

Este cenário se manteve até a denominada Baixa Idade Média, pois com a expansão do comércio na Europa Ocidental, entre os séculos XIII e XV, o direito das obrigações retoma seu papel de relevo e os olhares se voltam novamente para as lições anteriormente consagradas pelo direito romano. Como afirma GILISSEN: “Ora, esta é, precisamente, a época do renascimento do direito romano nas universidades. Não é, pois, de espantar que se constatem numerosos recursos ao direito romano, o único sistema jurídico antigo que tinha conhecido um desenvolvimento do direito das obrigações.”<sup>16</sup>

Vem da Baixa Idade Média o princípio moderno do consensualismo dos contratos. Resultado de uma longa evolução histórica, o princípio do consensualismo não era consagrado no direito romano que, como visto anteriormente, conferia mais importância ao rito do que propriamente ao consenso. Foi, principalmente, por influência do direito canônico que o princípio do consensualismo se consagrou, vindo a se tornar a base de toda moderna teoria dos contratos que se seguiria até os tempos atuais.

O consensualismo, o princípio da fé jurada, a força obrigatória da promessa e dos contratos (*pacta sunt servanda*) devem-se muito ao direito canônico desenvolvido durante a Idade Média. Ressalta GILISSEN que “A origem do princípio segundo o qual o consentimento das partes basta para formar o contrato continua a ser bastante obscuro; ela deve ser buscada, por um lado, na evolução do direito canônico, por outro, na prática costumeira dos sécs. XII e XIII.”<sup>17</sup>

<sup>15</sup> GILISSEN, ob. cit. p.128.

<sup>16</sup> Idem, p. 717.

<sup>17</sup> GILISSEN, ob. cit. p. 735.

É importante assinalar que os romanistas, especialmente os glosadores, ofereciam oposição ao princípio do consensualismo, justamente por representar um afastamento das lições romanas acerca dos contratos, em que o simples concurso de vontades — o *pactum* — não bastaria para a constituição de um contrato dotado de força coercitiva.

Foi a Igreja, por meio do direito canônico, que ofereceu a ideia do nascimento da obrigação a partir tão somente da palavra dada, equiparando a mentira ao perjúrio e, por conseguinte, apontando a importância de se manter tanto a promessa feita por simples enunciação como a feita por juramento.<sup>18</sup>

Coube a Graciano, no séc. XII, por meio de seu Decreto, estruturar o princípio da fé jurada segundo o qual a quebra de uma promessa feita corresponderia a pecado. Também a ele coube esclarecer as hipóteses em que o não cumprimento de uma promessa não caracterizaria perjúrio, ressaltando que a manutenção da força obrigatória de uma promessa dependeria igualmente da manutenção do estado de coisas existente ao tempo da realização da promessa. Alteradas supervenientemente as circunstâncias, relativizada estaria a obrigatoriedade do pacto (*rebus sic stantibus*).

É justamente nessa época (Idade Média), que a cláusula *rebus sic stantibus* alcança larga aplicação, especialmente com o trabalho desenvolvido pelos canonistas medievais, como Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e Santo Ambrósio, sedimentando os ensinamentos de Sêneca na construção de uma teoria canonista para a cláusula *rebus sic stantibus*, solidificando suas bases jurídicas entre os séculos XIV a XVI, quando passou a ser aceita também pelo direito comum.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Idem, p. 736.

<sup>19</sup> FRANTZ, LAURA CORADINI. Revisão dos Contratos: elementos para a sua construção dogmática. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 04

Como ensina GILISSEN: “O direito costumeiro sofreu a influência do direito canônico, ou construiu ele mesmo uma teoria do consensualismo que levou os canonistas a tirar as conseqüências da concepção moral do respeito da promessa? Parece que a segunda hipótese é a mais verosímil.”<sup>20</sup>

#### A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* NAS CODIFICAÇÕES DO SÉCULO XIX.

Mesmo antes da consagração dos ideais individualistas do liberalismo econômico pela Revolução Francesa, a força vinculante da vontade já era proclamada e associada à estrutura fundamental do contrato, por influência do direito canônico e do princípio da fé jurada, em que o descumprimento de uma obrigação contratual era reprovado e equiparado ao perjúrio.

Os séculos anteriores à Revolução Francesa foram marcados por uma teoria do direito jusnaturalista, primeiro clássica, fundada em uma lei natural, uma ordem intrínseca na natureza para o convívio em sociedade, presente em Sócrates, Platão e Aristóteles; depois teológica, na Idade Média, que substituiu a ordem natural pela vontade divina, por meio do trabalho de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino; e, por fim, um racionalismo moderno, de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Emmanuel Kant, fundado em uma ordem racional.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 736.

Como pontuam Meyer-Pflug e Peghini: “o “direito” traduz a justiça social, com base na ordem natural, a qual o Estado positiva suas leis por meio de normas basilares já existentes.”<sup>21</sup>

O fim da Idade Média é marcado pelo nascimento de um jusnaturalismo racional. Nesse período, o consensualismo é facilmente absorvido pela nova escola de pensamento, enquanto a concepção comunitária e solidarista do direito medieval, das aldeias e dos clãs, é substituída por um forte individualismo, característico da vida dos indivíduos nas cidades; sai o grupo e entra “o homem, enquanto indivíduo isolado, livre, com a capacidade de dispor da sua pessoa e dos seus bens, que constitui o sujeito de direito.”<sup>22</sup>

Esse novo pensamento individualista iria repercutir fortemente no direito das obrigações e dos contratos, traduzindo-se na denominada autonomia da vontade onde “cada indivíduo, enquanto sujeito de direito, goza da liberdade de se obrigar ou não, sendo pela sua vontade consciente que ele se obriga.”<sup>23</sup>

Com a Escola Jusnaturalista, que a autonomia da vontade e a sua força vinculante passou a exercer um papel central no direito dos contratos, que se consagrou através do brocardo jurídico *pacta sunt servanda*. Sobre o tema, John Gilissen esclarece que: “É à Escola Jusnaturalista que a autonomia da vontade deve a sua autoridade, o seu primado”.<sup>24</sup>

Perfeitamente compatível com os ideais individualistas da Revolução Francesa, o princípio do consensualismo foi naturalmente

<sup>21</sup> PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A TEORIA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DO LAW AND ECONOMICS NA CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO. Revista de Direito do Trabalho | vol. 191/2018 | p. 19 - 38 | Jul / 2018. DTR\2018\17820

<sup>22</sup> GILISSEN, ob. cit., p. 737.

<sup>23</sup> GILISSEN, ob. cit. p. 737.

<sup>24</sup> Idem, p. 737.

absorvido pelo Código Civil francês de 1.804, em que o direito das obrigações vai desempenhar um papel destacado, a exemplo do que ocorrera anteriormente no direito romano. Afinal, como explica GILLISEN: “Economia de troca, generalização da moeda, liberdade individual de dispor dos bens, enfraquecimento ou desaparecimento das solidariedades clínicas e familiares favorecem o desenvolvimento deste ramo do direito”.<sup>25</sup>

O período das codificações, inaugurado a partir dos ideais da Revolução Francesa, marcou o surgimento do positivismo legalista, representado pela Escola da Exegese, consagrada no século XIX, na França pós revolucionária, e presente no Código Civil Napoleão, de 1804, que defendia o direito positivado e completo, sem lacunas, onde o juiz seria tão somente *a boca da lei*.

O Positivismo Legal partia da premissa de que conjunto de leis editadas pelo Estado seriam suficientes para solucionar todo e qualquer conflito de interesses que fosse apresentado ao julgador, sendo vedado a este atuar de forma ativa na construção do Direito.

Outra premissa sustentada por esse sistema estava na crença de que todos seriam iguais perante a lei, devendo o julgador aplicar a lei de maneira uniforme, ignorando-se, por conseguinte, as desigualdades substanciais concretamente existentes.

Como apontado por Franz Wieacker: “com isto, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno”.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Ibidem, p. 717.

<sup>26</sup> WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 13

Paralelamente, na Alemanha, a doutrina pandectista também abria caminho para o Positivismo Legal, como aponta Wieacker:

Com a neutralização da ética jurídica e com o seu formalismo racionalista, a pandectística tornou-se, a despeito das suas origens ideológicas e historicistas, no instrumento da ‘sociedade aquisitiva’ (*Erwerbsgesellschaft*) do Estado de direito burguês agora, em progresso e em expansão. Ela acabou por maturar a segunda vaga, esta positivista, das codificações europeias, à frente das quais está o código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) de 1900, o código civil suíço (*Schweizeres Zivilgesetzbuch*, SZC) de 1907/11. Com eles se consumou, finalmente a pandectística; no seu lugar, instalou-se o positivismo legal (...).<sup>27</sup>

No ápice do liberalismo econômico, ao longo do século XIX, as partes contratantes, indivíduos e instituições, eram tidos como livres e iguais (igualdade meramente formal) e, portanto, obrigados a cumprir tudo aquilo que licitamente fosse contratado, o denominado *pacta sunt servanda*. Naquela perspectiva, os contratos eram analisados como estruturas relacionais estáticas, com sujeitos, objeto, vínculo e forma, inalteráveis ao arbítrio de outrem e intangíveis à revisão por quem não integrava a dita relação. Assim, somente às próprias partes era dado rever e alterar a substância ou o alcance do contrato, em um novo consenso estabelecido livremente.

Fruto desse movimento liberal econômico e positivista legalista, consagrado na Europa do século XIX, foi concebido o anteprojeto do Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei n° 3.071/1916), que privilegiava a segurança jurídica dos contratos, a ampla liberdade dos contratantes e a presunção de igualdade entre as partes. Também ali não se admitiam lacunas na lei e o Juiz era considerado um mero aplicador do direito que, em sua totalidade, estaria contido no código.

<sup>27</sup> WIEACKER, ob. cit. p.13

Inspiraram o nosso antigo Código Civil as ideias liberais e a corrente contratualista, segundo a qual o homem somente deveria se sujeitar a outro homem na medida e na exata extensão da sua vontade. Assim, se de um lado ninguém estaria sujeito às obrigações que não tivessem sido assumidas com o seu consentimento, por outro, todos os indivíduos deveriam respeitar as obrigações com as quais tivessem concordado.

Era a *mão invisível do mercado*, na visão de Adam Smith, que deveria reger as relações econômicas, partindo da premissa de que cada indivíduo seria livre para alocar seus recursos em prol da satisfação de seus próprios interesses que, em um mercado livre, se autorregulariam, *laissez-faire laissez-passer*.

Nesse contexto, o contrato era a fonte do direito por excelência, o eixo fundamental da sociedade liberal. A liberdade contratual e a igualdade formal entre as partes eram os pilares sobre os quais se formava a ideia de que o conteúdo contratual validamente acordado seria, invariavelmente, sinônimo de *justiça*.

Vigoravam no direito contratual os princípios: (i) da autonomia da vontade, que se vincula à própria liberdade das partes, particularizando-se, no direito contratual, na liberdade contratual; (ii) da força obrigatória, que estabelece que, uma vez celebrado validamente o contrato, este faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), sendo esse princípio também conhecido como “princípio do caráter vinculante das obrigações contratuais” ou como “princípio da intangibilidade das obrigações contratuais”, pois, em decorrência desse princípio, nem mesmo o juiz poderia mudar o conteúdo das obrigações validamente estabelecidas pelas partes; e (iii) princípio da relatividade das convenções, segundo o qual o contrato vincularia apenas as partes, não prejudicando e nem beneficiando terceiros.

Reconhece-se que o contrato possui natureza jurídica de negócio jurídico, isto é, de um ato voluntário lícito através do qual os

contratantes elegem e autorregulam seus interesses privados patrimoniais, alocando riscos, assumindo obrigações e constituindo direitos dotados de força coercitiva estatal pois, afinal, nesta perspectiva o contrato equivale à lei, uma lei entre as partes. Como escrevi anteriormente: “(S)ignifica a oportunidade conferida aos agentes de saírem da inércia, da passividade de quem aguarda a prévia solução legislativa, e passar à condição ativa, de quem constrói o próprio direito a partir das necessidades do mercado no qual está, direta ou indiretamente, inserido”<sup>28</sup>.

Como lei entre as partes, não poderia o contrato ser descumprido posteriormente sem que isso ensejasse consequências sérias para a parte inadimplente, ressalvada tão somente a hipótese de absoluta e intransponível impossibilidade superveniente da prestação decorrente de caso fortuito ou de força maior.

Portanto, não é de se admirar que as grandes codificações do século XIX tenham sido silentes quanto à cláusula *rebus sic stantibus*, especialmente se considerados os contornos amplos que autorizavam a sua aplicação durante a Idade Média. SCHREIBER pontua que “Não havia qualquer espaço para a mitigação do efeito vinculante dos contratos em virtude acontecimentos supervenientes, menos ainda para a sua revisão por cortes judiciais.”<sup>29</sup>

A segurança jurídica é associada à ideia de não interferência externa sobre a vontade contratual, vendando-se ao Estado interferir fosse por meio da lei nova, que deveria ser irretroativa e respeitar o

<sup>28</sup> MACHADO, André Roberto de Souza. Teoria do Negócio Jurídico no Direito Imobiliário *In* Direito Imobiliário – Escritos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Coord. Fabio de Oliveira Azevedo e Marco Aurélio Bezerra de Melo. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

<sup>29</sup> SCHREIBER, ANDERSON. Equilíbrio Contratual e DEver de Renegociar. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 138.

ato jurídico perfeito, fosse por meio de decisão judicial que não poderia modificar um acordo válido ou afastar-lhe a obrigatoriedade<sup>30</sup>.

O enfraquecimento da cláusula *rebus sic stantibus* veio, portanto, com a ascensão do laicismo, do individualismo e da ideia de autonomia da vontade, defendidos pelo movimento jusnaturalista, com destaque para a doutrina de Grócio. Fato é que o ideal de liberdade, associado ao voluntarismo então defendido pela doutrina europeia nos séculos XVIII e XIX, resultou na não inclusão da cláusula *rebus sic stantibus* nas codificações oitocentistas do velho mundo e, também, em nosso Código Civil brasileiro de 1916.

O século XIX marcou, então, o primado da vontade, pela qual as partes estariam livres para estabelecer contratos, cujas regras vinculariam os contratantes como norma entre as partes, realçando os princípios da obrigatoriedade, da relatividade e da intangibilidade dos contratos. Nesse prisma, não havia espaço para a cláusula *rebus sic stantibus* e a ideia a ela correlata de uma revisão equitativa dos contratos.

#### A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS NO SÉCULO XX

Se, em um primeiro momento, o modelo individualista de contrato, firmado livremente entre partes presumivelmente iguais, mostrou-se um caminho sedutor e capaz de proporcionar a circulação de riquezas com simplicidade e segurança jurídica, com o passar do tempo tal concepção de contrato afigurou-se como um verdadeiro instrumento de opressão dos mais vulneráveis que não gozavam, de fato, de condições substanciais de igualdade para o exercício de uma vontade livre.

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 204.

O século XX confirmou um sentimento que já era percebido no final do século XIX<sup>31</sup> mas que não chegou a ser refletido em nosso Código Civil de 1916, o de que a igualdade pressuposta pelo liberalismo clássico, não existiria concretamente em muitas das relações econômicas, de modo que o desequilíbrio concreto de forças acabava por levar a parte mais fraca a submeter-se à vontade imposta pela parte mais forte, em verdadeira antítese à ideia hedonista inspiradora do modelo do *laissez-faire*.

Diante das evidências da incompletude das leis e do sentimento de injustiça resultante da insensibilidade com as assimetrias concretas entre os indivíduos, os movimentos sociologistas do direito vão condenar o fetichismo pela lei cultuado pelos exegetas, afirmando que “no Estado positivo desaparece irrevogavelmente a ideia do direito”<sup>32</sup>. Na mesma linha crítica, Hengel e Marx vão afirmar em seu Manifesto que “o vosso direito é apenas a vontade da vossa classe elevada a lei”<sup>33</sup>.

Segundo Bobbio<sup>34</sup>, foi neste cenário que coube a Auguste Comte reconstruir uma escola positivista que, ao mesmo tempo que se afastasse do jusnaturalismo racional e do jusnaturalismo teológico, reconhecesse a incompletude do ordenamento jurídico, defendendo que o sistema positivo deveria ser capaz de fornecer ao julgador um norte, uma direção, para o preenchimento de tais lacunas.

Inaugurava-se, assim, o denominado Positivismo Científico, em resposta ao Positivismo Legalista do Século XIX. Como leciona

<sup>31</sup> Como exemplo, cite-se a Carta Encíclica “RERUM NOVARUM”, do sumo pontífice Papa Leão XIII, de 15.05.1891, sobre a condição dos operários, que já sinalizava para a maior vulnerabilidade da classe operária e para a necessidade do Estado intervir para atenuar o conflito de classes. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>32</sup> BOBBIO, ob cit. p. 85

<sup>33</sup> Apud BOBBIO, ob cit., p. 85

<sup>34</sup> Idem, p.85

John Gilissen: “(A) nova doutrina recusa-se a considerar a lei como fonte única de direito; admite a sua preeminência, embora entenda que o costume, a jurisprudência, a doutrina e a equidade devam também ser reconhecidas como fontes de direito.”<sup>35</sup>

Por essa nova perspectiva, abriu-se um certo espaço para que o jurista, especialmente o juiz, pudesse participar da construção do Direito, porém de forma subsidiária e complementar. Como assinala Gilissen: “(O) jurista deve procurar as soluções mais justas e mais adequadas, como complemento às normas impostas pelo legislador.”<sup>36</sup>

O final do século XIX e a primeira metade do século XX, seriam marcados pela crítica ao modelo liberal clássico do *laissez faire*, como salientado anteriormente, com as manifestações sociais contra a exploração do trabalho, reclamando maior presença do Estado nas relações econômicas assimétricas, com a edição de diplomas de ordem pública capazes de tutelar a parte mais vulnerável da relação.

Concomitantemente ao debate acerca da vulnerabilidade e assimetria de certos agentes nas relações contratuais, deu-se a retomada da discussão sobre a cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de exceção ao princípio da obrigatoriedade do contrato, a fim de que fosse admitida a relativização do *pacta sunt servanda* em vista da superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, capazes de gerar um manifesto desequilíbrio econômico-financeiro nas relações contratuais de execução continuada ou diferida no tempo.

Especialmente no direito francês, era fortemente combatida a ideia de que o juiz pudesse exercer um papel revisionista do conteúdo do contrato, sendo entendimento dominante o de que

<sup>35</sup> GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito, 2a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 518.

<sup>36</sup> GILISSEN, ob. cit. 518.

somente a lei poderia prever qualquer tipo de circunstância modificativa ou exonerativa de uma obrigação. Como nos apresenta Othon Sidou: “Então, só a lei e nunca o juiz tem o direito de modificar o contrato – é o bordão transmitido por todos os juristas franceses da escola clássica”.<sup>37</sup>

Em que pese estivesse o sistema jurídico francês firmemente apoiado na ideia de ser o contrato lei entre as partes e, por conseguinte, sua obrigatoriedade somente poder ser afastada por expressa previsão legal, mormente nos casos de impossibilidade superveniente por caso fortuito ou força maior, a grande guerra europeia de 1914 impôs a necessidade da edição da primeira lei francesa de revisão dos contratos, a lei Failliot, datada de 1918, ano final do conflito bélico, subvertendo a ideia até então defendida de um afastamento dos fundamentos jurídicos da obrigatoriedade do contrato e os fenômenos econômicos externos à vontade das partes<sup>38</sup>.

Extrai-se do texto da lei francesa as seguintes e principais características: a) a norma era de caráter excepcional e transitória; b) a guerra foi considerada como fato superveniente, extraordinário e imprevisível somente para as partes que contrataram até 01.08.1914; c) a norma era aplicável aos contratos de execução continuada ou diferida no tempo; d) excessiva onerosidade para o contratante; e) direito à resolução do contrato com ou sem fixação de perdas e danos; f) dever de renegociar antes do ajuizamento do pedido resolutorio.

Assim, depois de um longo período em desuso, a cláusula *rebus sic stantibus* veio, então, a ser resgatada como mecanismo de mitigação da obrigatoriedade do contrato, em face de acontecimentos

<sup>37</sup> SIDOU, ob. cit. p. 47.

<sup>38</sup> Idem, ob. cit. p. 49-50

supervenientes e extraordinários capazes de desequilibrar demasiadamente o contrato<sup>39</sup>.

Foi, portanto, com a guerra e a crise do modelo liberal de contrato na primeira metade do século XX que se deu o resgate da cláusula *rebus sic stantibus*, inicialmente na França (1916). O *leading case*<sup>40</sup> da possibilidade de sua aplicação na França ocorreu no campo do direito público, com uma decisão do Conseil d'État francês, em 30 de março de 1916, ao apreciar litígio entre a Prefeitura de Bordeaux e a Compagnie Générale d'Éclairage daquela cidade, relativamente a contrato de concessão de serviços públicos de energia. Retomava-se ali a utilidade da cláusula *rebus sic stantibus* por meio da denominada Teoria da Imprevisão.

Mas não é somente em estados de guerra que a cláusula *rebus sic stantibus* vai encontrar aplicação, em que pese os cenários de desequilíbrio econômico ocasionados pelos conflitos bélicos sejam notório exemplo de sua aplicação concreta.

No Brasil, a cláusula *rebus sic stantibus* vai ingressar por meio de decisões judiciais que invocavam a Teoria da Imprevisão como fundamento para afastar o *pacta sunt servanda*. Em obra publicada no conturbado cenário pandêmico de 2020, as professoras Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, descrevem pormenorizadamente o surgimento e o amadurecimento do tema no Brasil e em Portugal. Sobre a experiência brasileira, apontam: “Os campos próprios da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e o da impossibilidade prática

<sup>39</sup> O fenômeno de resgate da cláusula *rebus sic stantibus* foi multifacetado, sendo percebido no âmbito das decisões administrativas e judiciais, na edição pontual de leis e em sólidos trabalhos doutrinários que viriam a fornecer as bases sistemáticas para a disciplina da alteração das circunstâncias no direito ocidental contemporâneo. Merecem destaque a doutrina de Larenz. Sobre o desenvolvimento das bases doutrinárias no século XX, Anderson Schreber, ob. cit. p.141 e ss.

<sup>40</sup> D'ÉTAT, Conseil. Compagnie Generale d'Eclairage de Bordeaux. **Rec**, v. 125, p. 188-189, 1916.

começaram a ser traçados em nossa jurisprudência sem rigoroso discernimento, seja quanto às causas, seja quanto aos efeitos”.<sup>41</sup>

A cláusula *rebus sic stantibus*, especialmente por meio da denominada Teoria da Imprevisão, foi sendo admitida pelos tribunais como cláusula implícita nos contratos comutativos e de execução futura. A consolidação da Teoria da Imprevisão no direito pátrio conduziu à identificação de pressupostos para a sua aplicação pelo juiz, a saber: (i) imprevisibilidade e excepcionalidade do evento causador do desequilíbrio; (ii) extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes<sup>42</sup>.

A imprevisibilidade aqui exigida não se referiria às condições particulares dos contratantes, mas ao comportamento provavelmente adequado. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

(...) a imprevisibilidade deve acompanhar a ideia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que ocorrerá, presentes as circunstâncias conhecidas, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica, sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que o fato, com seus elementos, atue eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o pactuado.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH; SILVA, PAULA COSTA E. Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020, pp. 193 a 195.

<sup>42</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, vol 5, 2ª ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

<sup>43</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 900.

O reflexo dessa construção pretoriana pode ser observado na redação do artigo 317 do Código Civil, que trata do instituto da revisão judicial das prestações, em virtude de desequilíbrio ou desproporção, superveniente à constituição da obrigação.<sup>44</sup>

Contudo, não foi somente a Teoria da Imprevisão nos moldes discutidos pelo direito francês que acabou por influenciar o legislador brasileiro. Também a experiência italiana aportou por aqui através da figura da resolução por excessiva onerosidade superveniente, tipificada nos artigos 478 a 480, do Código Civil.

A vertente da cláusula *rebus sic stantibus* consagrada pelo Código Civil Italiano de 1942, nos seus artigos. 1.467, 1.468 e 1.469<sup>45</sup>, elegeu a excessiva onerosidade como uma das causas de resolução dos contratos em geral. Incorporou-se a ideia de justiça comutativa em matéria contratual mitigando a concepção contratual clássica fundada

<sup>44</sup>PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações - Vol. II, 32nd Edition. Forense, 2020. VitalBook file.

<sup>45</sup> Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469 Contratto aleatorio

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472).

na autonomia da vontade, apontando a onerosidade excessiva como reflexo do desequilíbrio objetivo entre as prestações e, assim, estabelecendo a importância de um sinalagma funcional capaz de relativizar o dogma do *pacta sunt servanda*.

De acordo com essa teoria, nos contratos de execução continuada ou diferida no tempo, no momento do cumprimento da obrigação deverão estar presentes as circunstâncias que assegurem a equivalência entre as prestações recíprocas e a obtenção da finalidade legitimamente esperada do contrato. A teoria se aplicaria, assim, nos casos em que a superveniência de determinados acontecimentos é capaz de afetar substancialmente as bases contratuais objetivas (relação de troca) sobre as quais foi firmada a vontade das partes na época da obtenção do consenso.

No direito brasileiro, a teoria em questão está posta no Livro I, Título V, na Seção IV que trata “Da Resolução Por Onerosidade Excessiva”, sendo disciplinada nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Pelo disposto nos referidos dispositivos legais, nas hipóteses de contratos de execução continuada ou diferida em que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, admitir-se-ia a resolução do contrato (artigo 478), ou a sua revisão (artigo 479).

Os pressupostos relacionados à Teoria da Onerosidade Excessiva tem sido: (i) ocorrência de fatos supervenientes que atinjam a prestação de modo a dotá-la de um valor muito distinto do anterior, o que caracteriza a onerosidade excessiva; e (ii) imprevisibilidade e extraordinariedade dos fatos<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações. In: REALE JR., Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). Biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170-171.

Imprevisível seria, assim, todo o acontecimento que fugiria ao estado ordinário de coisas, à sequência natural e esperada dos fatos, a partir de um critério de previsibilidade do contratante médio, dadas as características próprias do negócio.

Hodiernamente tem se defendido que na celebração de um contrato as partes não estariam por consentir em assumir um risco ilimitado, capaz de impor um exagerado sacrifício patrimonial, mas apenas em se sujeitar a determinados riscos razoáveis e suportáveis que possam concretizar-se durante a execução contratual, de modo que, se de fato ocorrer acentuado desequilíbrio, será possível inferir que se deu um fato imprevisto.

Essa interpretação foi levada a termo através do enunciado n. 17, da I Jornada de Direito Civil, e n. 175, da III Jornada de Direito Civil, ambas promovidas pelo Conselho de Justiça Federal (CJF)<sup>47</sup>

Dos enunciados extrai-se uma certa separação entre o caráter imprevisível e o fato superveniente, de modo que a imprevisão não estaria vinculada exclusivamente ao evento em si, que até poderia ser previsível, mas, sim, aos seus efeitos, estes necessariamente imprevisíveis.

Conclui-se assim que, no âmbito do Código Civil, o artigo 317 daria suporte para a aplicação da Teoria da Imprevisão, enquanto o art. 478 adotaria a Teoria da Onerosidade Excessiva Superveniente. A distinção estaria, então, na análise da capacidade subjetiva de prever (ou não) o fato superveniente (Teoria da Imprevisão) ou na análise

<sup>47</sup> Enunciado n. 17 - A interpretação da expressão "motivos imprevisíveis" constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis. Enunciado n. 175 - A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.

objetiva da previsibilidade (ou não) da excessiva onerosidade superveniente como efeito (Teoria da Onerosidade Excessiva).

Há um traço em comum entre os institutos consagrados no artigo 317 e no artigo 478 e que consiste no fato de que ambos estão voltados para o desequilíbrio objetivo entre as prestações recíprocas, isto é, ambos apontam soluções para as hipóteses em que as alterações supervenientes das circunstâncias afetam o conteúdo do contrato e não as partes contratantes<sup>48</sup>.

Nas hipóteses traçadas pelo legislador em regras expressas nos referidos artigos 317 e 478, existe um direito potestativo da parte prejudicada de sujeitar o outro contratante à revisão ou à resolução do contrato, por meio de uma decisão judicial constitutiva ou desconstitutiva, partindo-se de critérios equitativos para reequilibrar o contrato quando possível.

A discussão residiria na possibilidade ou não de intervenção judicial na esfera privada do contrato para afastar a onerosidade excessiva sem romper o vínculo contratual, uma vez que o artigo 478, do Código Civil fala em *resolução* do contrato por onerosidade excessiva, somente fazendo referência à modificação do seu conteúdo por iniciativa da parte favorecida pelo desequilíbrio, o réu da ação resolutória, na literalidade do artigo 479.

Mitigando tal entendimento, meramente literal, verificam-se os enunciados n. 176, da III Jornada de Direito Civil e n. 367, da IV

<sup>48</sup> GUSTAVO TEPEDINO; MILENA DONATO OLIVA; ANTONIO PEDRO DIAS. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opinia-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais#:~:text=Contratos%2C%20for%C3%A7a%20maior%2C%20excessiva%20onerosidade%20e%20desequil%C3%ADbrio%20patrimonial&text=A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20financeira%20de%20muitos,as%20rela%C3%A7%C3%B5es%20contratuais%20em%20curso%3F>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Jornada de Direito Civil, promovidas pelo CJF<sup>49</sup>.

Permanece em nossa doutrina, todavia, a relevante controvérsia sobre a existência ou não de um direito potestativo da parte prejudicada em pleitear a revisão equitativa do contrato mesmo na hipótese do artigo 478, do Código Civil<sup>50</sup>.

Paralelamente ao desenvolvimento das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva superveniente, respectivamente na França e na Itália, desenvolveu-se na Alemanha a denominada teoria da base do negócio jurídico, como uma gradativa evolução da teoria da pressuposição elaborada por Windscheid, ainda no século XIX<sup>51</sup>. Por meio da teoria da pressuposição, Windscheid afirmava que em todo negócio jurídico de execução continuada ou diferida no tempo, haveria por parte dos contratantes uma pressuposição tácita de que permaneceriam inalteráveis, ou pelo menos não sofreriam alterações anormais, as condições presentes ao tempo da contratação.

Como defendido por Windscheid, em citação realizada por Othon Sidou, “quem manifesta sua vontade sob certo pressuposto, quer, à semelhança de quem emite uma vontade condicionada, que o

<sup>49</sup> Enunciado n. 176 - Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual. Enunciado n. 367 - Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

<sup>50</sup> Sobre o tema ver: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Revisão Contratual: Onerosidade Excessiva e Modificação Contratual Equitativa, 1ª. edição. São Paulo: Almedina, 2020.

<sup>51</sup> Cf. CORDEIRO, ob. cit., p. 969. “O essencial na fórmula de Windscheid sobre a pressuposição constava já do seu estudo sobre a invalidade dos negócios no Código Napoleão. Num livro publicado em 1850, quando professor em Basileia, Windscheid desenvolveria, de modo sistemático, a nova concepção, retomando-a, sem alterações dignas de nota, em obras posteriores.”

efeito jurídico somente venha a existir dado um certo estado de relações”.<sup>52</sup>

Para Windscheid, a eficácia da pressuposição dependeria da cognoscibilidade pela outra parte, não o sendo, ficaria a parte impedida de se valer da pressuposição para desobrigar-se de sua declaração de vontade. Como esclarece Menezes Cordeiro: “A pressuposição de Windscheid, corresponderia, pois, a uma relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos e estados de coisas”.<sup>53</sup>

Embora houvesse sido contemplada no primeiro projeto do BGB, sob o § 742<sup>54</sup>, a teoria da pressuposição não resistiu às críticas ferozes dirigidas a ela por Pugliesi, Osti e, especialmente, pelo romanista Lenel, e foi retirada do projeto de código civil alemão, tendo sido substituída pela regra do não enriquecimento sem causa. Nas lições de Menezes Cordeiro encontra-se que as críticas de Lenel à teoria de Windscheid foram desenvolvidas em dois planos: “uma crítica interna ao preceito que, no projeto, consagraria a pressuposição e numa crítica material à própria doutrina da pressuposição em si”.<sup>55</sup>

Vencida no contexto da aprovação do texto final do BGB, a teoria da pressuposição de Windscheid viria a ser retomada pelos estudos desenvolvidos por Paul Oertmann, no século seguinte, em obra publicada em 1921 com o título *Die Geschäftsgrundlage* (A Base do Negócio), vindo a ser consagrada como a teoria da base do negócio.

<sup>52</sup> WINDSCHEID, Bernard. Diritto delle Pandette, primeira tradução italiana por Fadda e Bensa, Torino, Union Tipografico, 1902-1904, vol. I, §97, apud SIDOU, ob. cit. p.35.

<sup>53</sup> CORDEIRO, ob. cit., p. 970-971.

<sup>54</sup> Segundo SIDOU, ob. cit. p. 36, o § 742 previa: “Aquele que se obrigou a uma prestação sob pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, de acontecimento futuro ou de determinado efeito jurídico, pode, se a pressuposição não se realizou, obter do parceiro a devolução daquilo que prestou.”

<sup>55</sup> CORDEIRO, ob. cit. p. 974.

Em tradução livre apresentada por Schreiber, para Oertmann a base do negócio consistiria na: “representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diferentes partes sobre a existência ou surgimento de certas circunstâncias nas quais se baseia a vontade negocial.”<sup>56</sup>

Para Oertmann, portanto, a exibibilidade de uma obrigação poderia ser afastada na medida em que as referidas circunstâncias viessem a ser supervenientemente alteradas, quer pela sua inexistência, quer pelo seu surgimento, de tal modo que a parte prejudicada pela alteração das circunstâncias poderia preferir resolver o contrato ao invés de dar-lhe cumprimento.

A teoria defendida por Oertmann exerceu importante influência sobre a jurisprudência alemã nos anos seguintes ao término da Primeira Guerra, que passou a admitir a revisão judicial do contrato nos casos de desequilíbrio econômico do contrato. Em um precedente citado por Vilaça Azevedo, o Tribunal Imperial Alemão, em 1922, foi instado a decidir sobre um caso de compra e venda de um terreno de uma sociedade em liquidação, cujo preço, na época da celebração do contrato, corresponderia ao valor de mercado. Ocorre que, em virtude da demora maior do que o previsto na liquidação da sociedade, o preço de mercado acabara por subir fortemente nesse período, por efeito da desvalorização da moeda. Por conta disso, o vendedor alegou em juízo que devido a perda da equivalência das prestações não mais poderia ser obrigado a cumprir a obrigação. O Tribunal, então, deu razão ao vendedor, argumentando que a manutenção da equivalência entre as prestações, no ato negocial, era pressuposta pelas partes, de acordo com a teoria da base do negócio de Oertmann. O Tribunal entendeu, contudo, que o vendedor não

<sup>56</sup> SCHREIBER, ob. cit. p. 142.

poderia simplesmente recusar a venda e que caberia ao juiz adaptar o contrato para restabelecer o equilíbrio entre as prestações opostas.<sup>57</sup>

Apesar da influência exercida sobre a jurisprudência alemã do início do século XX, a teoria de Oertmann não ficou imune às críticas, principalmente por não oferecer com precisão quais seriam essas circunstâncias sobre as quais se assentariam a base do negócio, remetendo o interprete ao desafio de investigar qual teria sido a representação mental das partes. Neste ponto, a teoria de Oertmann era mais conservadora do que a teoria da pressuposição de Windscheid, por exigir que a representação mental fosse efetivamente conhecida da outra parte e não apenas cognoscível com na teoria anterior.

Procurando romper com o caráter excessivamente aberto e subjetivo, que marcou as teorias anteriores, aparecem novas construções que procuram conferir maior relevância aos aspectos objetivos do contrato. Intenta-se, assim, tratar o problema sob uma nova ótica: a análise da vontade das partes cede cada vez mais espaço ao exame dos impactos causados pela alteração das circunstâncias contratuais, ou seja, da própria ruptura do equilíbrio entre a prestação e a contraprestação<sup>58</sup>.

Após os estudos iniciais desenvolvidos por Oertmann e Windscheid, outros autores, como Kaufmann, Kruckmann, Locher, Lehman e Larenz,<sup>59</sup> tentaram desenvolver a ideia da base do negócio, procurando, aos poucos, se afastar do subjetivismo que lhe era característico. Neste processo, destaca-se o trabalho realizado por

<sup>57</sup> AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *Onerosidade Excessiva e Desequilíbrio Contratual Supervenientes*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 61.

<sup>58</sup> SCHREIBER, ob. cit., p. 145.

<sup>59</sup> Todos os autores citados na obra: LARENZ, Karl. *Base Del negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Tradução Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002. pp. 34 e 37.

Karl Larenz<sup>60</sup> que buscou acomodar em uma única teoria as duas bases do negócio, subjetiva e objetiva.

Embora oferecendo uma teoria unitária da base do negócio, Larenz propunha duas disciplinas distintas conquanto se tratasse de uma ruptura da base subjetiva ou da base objetiva do negócio. A base subjetiva, assim, estaria inserida na “teoria do erro sobre os motivos e dos vícios de vontade”<sup>61</sup> e se traduziria na representação comum dos contratantes sobre circunstâncias presentes ou esperadas e que teriam influenciado decisivamente a vontade de contratar. Relaciona-se, assim, com a própria formação do consentimento, que, em algumas situações, poderia se mostrar viciado, em função da falsa representação das partes acerca das circunstâncias sobre as quais se fundou a contratação. A teoria da base, nestes casos, se apresenta subjetiva e originária à formação do consenso, de modo que sua aplicação estaria relacionada às hipóteses de anulação do negócio jurídico e não exatamente à sua resolução ou revisão.

Já a base objetiva, ao contrário, faria referência “a questão de se, todavia, pode se realizar o fim do contrato e a intenção conjunta das partes contratantes, há de ser estudada na teoria da inépcia, da impossibilidade superveniente e da consecução do fim”<sup>62</sup>. seria composta pelas circunstâncias cuja existência e conservação dependeria a manutenção da finalidade do próprio contrato, sem as

<sup>60</sup> Cf. LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p.41: “Entendemos por base del negocio subjetiva aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas partes. Si la representación no se realiza cada una de las partes ha incurrido en um “error en los motivos”, que se refiere a una situación de hecho por ambas admitida, o sea, a uma presuposición común a ambas. El análisis de estos casos ha de partir, por conseguinte, de la disciplina general del error en los motivos ( el cual es, por lo regular, unilateral)”.

<sup>61</sup> SCHREIBER, ob. cit. p.144.

<sup>62</sup> Idem, p. 144.

quais haveria frustração do seu fim. Ocorrendo a superveniente alteração destas circunstâncias ou não se confirmando os eventos esperados, o contrato perderia a sua razão de existir, relacionando-se a duas hipóteses: a) aos casos de superveniente distúrbio na relação de equivalência entre as prestações (*äquivalenzstörung*); b) às situações de frustração superveniente do fim do contrato (*zweckvereitelung*), em que se verifica o desaparecimento da finalidade objetiva do contrato, apesar da prestação do devedor ser ainda possível. Em ambos os casos a solução passaria pela resolução ou pela adaptação (revisão) do contrato.<sup>63</sup>

Por contemplar as duas facetas da base no negócio, subjetiva e objetiva, a teoria da base de Karl Larenz acabou por atrair as críticas que antes eram dirigidas tanto a uma quanto a outra, além de suscitar dúvidas sobre a possibilidade de se compatibilizar, em uma única teoria, as duas disciplinas por ele reconhecidas. Segundo informa Schreiber, a teoria da base de Larenz, por muitos anos, restou confinada ao âmbito acadêmico, “tendo a jurisprudência germânica preferido resolver as questões atinentes à alteração das circunstâncias em que se celebrou o contrato por meio de um farto recurso à boa-fé objetiva como fundamento para a inexigibilidade do cumprimento.”<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Assinala Bezerra de Melo que: “Ainda nas lições de Larenz, a base do negócio jurídico parece quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação é abalada de modo significativo, conduzindo ao entendimento de que o cumprimento do contrato na forma estrita do pacto mostra-se um verdadeiro atentado à boa-fé objetiva, à função social do contrato e ao sentido de equidade e equivalência que os contratos devem retratar. Também haverá rompimento da base quando a finalidade objetiva da contratação se tornar inalcançável, ainda que a prestação por parte do devedor seja, fática e juridicamente, possível. Na primeira visada, temos a justificativa da onerosidade excessiva superveniente positivada nos artigos 317 e 478 do Código Civil, e na segunda, a frustração do fim do contrato, temas que serão adiante delineados.” (MELO, Marco Aurélio de. Direito Civil - Contratos, 3ª edição. Forense, 2019. VitalBook file, p. 298).

<sup>64</sup> SCHREIBER, ob. cit. p. 145.

Como aponta Menezes Cordeiro, essa doutrina arquitetada na Alemanha, “segundo a qual a possibilidade jurídica de uma prestação não se ateria ao sentido lógico do termo e tendo em conta o teor do vínculo, possa ser exigido ao devedor”<sup>65</sup>, apresentava-se com aptidão para solucionar o problema da alteração superveniente das circunstâncias, muito embora, como denuncia o professor português, “não tivesse sido pensada com esse fito”<sup>66</sup>.

Em que pesem as críticas acadêmicas formuladas à teoria da base de Karl Larenz e a inicial resistência do judiciário alemão, a reforma normativa do Direito das Obrigações no BGB, operada entre os anos de 2001 e 2002, findou por contemplar em larga medida a teoria da base de Larenz<sup>67</sup>.

A partir da mencionada reforma sofrida pelo BGB em 2002, a teoria da base de Karl Larenz voltou a despertar grande interesse, inclusive no Brasil, provocando debate acadêmico sobre suas características e sobre os requisitos para sua aplicação. A teoria da base do negócio jurídico, assim desenvolvida, insere-se neste processo de objetivação, de modo que, as modificações das circunstâncias pessoais, ou daquelas que estejam na esfera de influência da parte prejudicada, assim como aquelas que repercutiram no contrato porque a parte se encontrava em mora, não estariam ali contempladas.

Se, por um lado, parece não haver maior divergência na doutrina brasileira de que a teoria da base desenvolvida por Larenz se apresenta mais objetiva do que a teoria da imprevisão, por outro lado, não há o mesmo consenso sobre quais seriam exatamente os seus pressupostos. A principal divergência reside justamente no requisito

<sup>65</sup> CORDEIRO, ob. cit. 1003.

<sup>66</sup> Idem, p. 1003.

<sup>67</sup> Tradução livre extraída a partir do texto disponível em [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html), acessado em 21.11.2022.

da imprevisibilidade que, na posituação do Código Civil Brasileiro de 2002, constou expressamente tanto do art. 317, como do art. 478.

Tepedino, ao tratar do tema assim expõe: “Esses desenvolvimentos teóricos contribuíram para permitir condições de interferência sobre o equilíbrio contratual mais flexíveis, por vezes mesmo abrindo mão do requisito da imprevisibilidade do desequilíbrio”.<sup>68</sup> (grifo nosso)

Para Luis Renato Ferreira da Silva, a teoria da base objetiva do contrato prescindiria da imprevisibilidade do evento futuro, conferindo proteção tão somente pela excessiva onerosidade ocasionada pelo fato superveniente. A teoria resguardaria também situações em que o contrato reste frustrado, perdendo seu sentido por rompimento da base.<sup>69</sup>

Nesses termos, a teoria da base do negócio jurídico, também vinculada à ideia da alteração das circunstâncias posteriores à contratação e fundada no princípio da boa-fé, vai permitir que o juiz, uma vez rompida a base objetiva do contrato, adapte a relação contratual às novas realidades.

Em posição divergente, outra parte da doutrina brasileira discorda da interpretação de que a teoria da base objetiva de Larenz desconsideraria o requisito da imprevisibilidade para a sua caracterização. Neste sentido, por exemplo, Bezerra de Melo: “Não nos parece acertada tal concepção, uma vez que Karl Larenz, na obra acima citada, adverte que os operadores do direito não devem levar em consideração as transformações das circunstâncias que, sendo

<sup>68</sup> TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil - Contratos - Vol. 3, 2nd Edition. Forense, 2020. VitalBook file, p. 137.

<sup>69</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão dos Contratos no Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 151.

previsíveis, podem ser consideradas como parte do risco assumido no contrato”.<sup>70</sup>

A citada divergência doutrinária terá reflexos práticos mais significativos quando analisadas as soluções normativas estabelecidas pela legislação especial brasileira, mais precisamente pelo art. 6º, v, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)<sup>71</sup> e pelo art. 19, da Lei de Locações (Lei nº 8.245/1991)<sup>72</sup>, uma vez que em ambos os casos o legislador deixou de mencionar a imprevisão como requisito para a revisão judicial do contrato.<sup>73</sup>

Fato é que, no Brasil, tem predominado o entendimento de que enquanto o Código Civil acolheria a revisão e a resolução do contrato por meio das teorias da imprevisão e da excessiva onerosidade superveniente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações estariam fundamentadas na teoria da base do negócio jurídico, justamente pela maior flexibilidade quanto ao requisito da imprevisibilidade.

No Brasil, percebe-se em alguns julgados a referência expressa a teoria da base do negócio associada ao direito do consumidor, enquanto a teoria da imprevisão figuraria relacionada ao

<sup>70</sup> MELO, Marco Aurélio de. Direito Civil - Contratos, 3ª edição. Forense, 2019. VitalBook file, p. 298.

<sup>71</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm), acesso em 21.11.2022.

<sup>72</sup> Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm), acesso em 21.11.2022.

<sup>73</sup>

Código Civil. Excelente exemplo desse entendimento, é o teor do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.321.614-SP<sup>74</sup>, merecendo destaque os seguintes trechos da decisão:

Tratando-se de relação contratual paritária – a qual não é regida pelas normas consumeristas –, a maxidesvalorização do real em face do dólar americano ocorrida a partir de janeiro de 1999 não autoriza a aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, com intuito de promover a revisão de cláusula de indexação ao dólar americano. (...)

A teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico tem sua aplicação restrita às relações jurídicas de consumo, não sendo aplicável às contratuais puramente civis.

Outro exemplo de precedente jurisprudencial que invocou expressamente a aplicação da teoria da base objetiva como razão de decidir pela revisão judicial do contrato, foi o Recurso Especial nº 135.151-RJ, julgado pelo STJ em outubro de 1997, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. No caso sob exame, uma construtora havia celebrado contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, sem que constasse cláusula de reajuste, uma vez que ao tempo da celebração do negócio vigia plano econômico de estabilização monetária (Plano Cruzado I). Posteriormente, adveio o insucesso do plano econômico e com ele uma expressiva inflação, não contemplada no contrato.

<sup>74</sup> REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015, disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201200888764](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201200888764), acessado em 21.11.2022.

O órgão julgador concedeu a revisão judicial requerida pela construtora, com fulcro na alteração das circunstâncias existentes quando da formação do contrato, afirmando que o fato superveniente da inflação em índices imprevistos ao tempo da celebração do contrato, alterou substancialmente a base objetiva em que se fundava o negócio de promessa de compra e venda.

Observa-se, assim, que o cenário normativo vigente no Brasil não oferece uma solução uniforme para o tratamento das alterações supervenientes das circunstâncias, apoiando-se em múltiplas referências: imprevisão, onerosidade excessiva superveniente e quebra da base do negócio.

## CONCLUSÃO

Como visto acima, o século XX foi marcado pela retomada da cláusula *rebus sic stantibus* aos sistemas jurídicos ocidentais, em especial àqueles de matriz romano-germânica, por meio de diversas teorias que objetivaram fundamentar as suas razões e estabelecer os respectivos requisitos para a admissibilidade de sua aplicação.

Não se duvida da grande dificuldade enfrentada pela doutrina entre os séculos XIX e XX, para contemplar, ao mesmo tempo, a segurança jurídica do *pacta sunt servanda*, com a justiça comutativa proporcionada pela cláusula *rebus sic stantibus*. Quer por meio de soluções mais fechadas e restritivas, como a francesa e a italiana, a exigir o preenchimento rigoroso de requisitos objetivos, dentre os quais a imprevisão dos acontecimentos e a excessiva onerosidade dos seus efeitos, quer por meio de formulações mais abertas e flexíveis, como a alemã e a portuguesa, todas tiveram (e ainda têm) que ser harmonizadas com o princípio liberal da autonomia privada e da obrigatoriedade dos contratos.

Em todos os casos, o caminho preferido foi o de tratar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* como exceção à regra geral do *pacta sunt servanda* e, como toda solução excepcional, limitar o seu campo de aplicação, restringindo tanto quanto possível a discricionariedade do julgador. No Brasil, tal opção se apresentou vigorosamente destacada por meio da chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei n° 13.874/2019), que promoveu alterações em diversos dispositivos do Código Civil, com destaque para a redação conferida ao parágrafo único do art. 421 e ao inciso III, do art. 421-A.<sup>75</sup>

Da nova redação conferida pela Lei da Liberdade Econômica se constata a flagrante preocupação do legislador de destacar o caráter excepcional da revisão contratual e, por conseguinte, limitar a atuação do juiz na adaptação dos contratos diante das alterações supervenientes das circunstâncias.

Em que pese a pretensão do legislador de refrear a intervenção do Estado-Juiz na economia dos contratos, alargada principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a adoção de uma jurisprudência de princípios, fato é que o início deste século XXI guardou surpresas de grande impacto para as relações contratuais não só no Brasil, mas em quase todo o mundo, com destaque para a crise econômica gerada no sistema financeiro mundial pelo chamado *subprime*, em 2008, e a crise sanitária e, por reflexo, econômica causada pela pandemia de Covid-19, a partir do início de 2020.

<sup>75</sup> Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm), acesso em 21.11.2022

Como já sabiamente alertava Bernhard Windscheid, em 1892: “(a)tirada pela porta, ela (a problemática da alteração superveniente das circunstâncias) regressará sempre pela janela”<sup>76</sup>.

As duas primeiras décadas deste século reservaram perturbações sociais, econômicas e políticas de grandes proporções, desafiando as formulações contidas nos diversos sistemas jurídicos, chamados a resolver as milhares de situações em que as alterações das circunstâncias foram capazes de perturbar ou mesmo de inviabilizar o cumprimento das obrigações.

Da experiência europeia, em particular a portuguesa, no enfrentamento das perturbações contratuais ocasionadas pela crise do sistema financeiro de 2008, pode-se extrair a distinção entre quebra da pequena base e quebra da grande base do negócio jurídico. Embora a distinção entre a dita pequena base do negócio jurídico (*kleine Geschäftsgrundlage*) e a grande base do negócio jurídico (*großen Geschäftsgrundlage*) remonte ao trabalho de Gerhard Kegel<sup>77</sup>, ainda

<sup>76</sup> WINDSCHEID, B. Die Voraussetzung, Archiv für die civilistische Praxis, 78, 1892, p. 197, *apud* MARIANA FONTES DA COSTA. A Atual Pandemia no Contexto das Perturbações da Grande Base do Negócio. Observatório Almedina, 2020. Disponível em: <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

<sup>77</sup> G. Kegel, Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), in Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, Mohr Siebeck, Tübingen, 1953, pp. 138 ss. e já anteriormente, de modo menos desenvolvido, G. Kegel, H. Rupp e K. Zweigert, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Walter de Gruyter, Berlin, 1941. *apud* MARIANA FONTES DA COSTA. A Atual Pandemia no Contexto das Perturbações da Grande Base do Negócio. Observatório Almedina, 2020. Disponível em: <[https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-](https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/)

durante as décadas de 1940 e 1950, foi durante a crise do *subprime* de 2008 que ela mereceu maior destaque.

A distinção estabelecida entre as duas se encontra justamente no alcance, menor ou maior, dos fatos supervenientes alteradores das circunstâncias, sobre as quais as partes estabeleceram as suas obrigações. No âmbito mais estreito da pequena base do negócio jurídico, vão estar as perturbações no cumprimento dos contratos, por fatos supervenientes que se verificam em situações de normalidade social, de modo que os efeitos se impõem, de modo particular, às partes de um determinado contrato. Por outro lado, a noção de grande base do negócio vai abranger acontecimentos cujo alcance é capaz de afetar todo o equilíbrio da vida social da comunidade onde os contratantes estão inseridos, sendo reconhecidos como extraordinários não somente para as partes, mas para toda a sociedade.

Nas situações de quebra da pequena base do contrato, que ocorrem nos períodos de normalidade social e que tendem a se restringir ao âmbito das partes contratantes, os efeitos de desequilíbrio econômico costumam se apresentar como choques assimétricos no contrato, isto é, o impacto da alteração das circunstâncias leva as partes a suportarem efeitos opostos e inversamente proporcionais, resultando em uma onerosidade excessiva para uma delas.

Nesse sentido, aduz o art. 478, do Código Civil Brasileiro, que “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Do texto legal denota-se a ideia de efeitos assimétricos provocados pelo evento superveniente, uma vez

no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

que torna o contrato excessivamente oneroso para uma das partes, enquanto propicia extrema vantagem para a outra.

Em um cenário clássico de alterações das circunstâncias, portanto, verifica-se um *choque assimétrico*<sup>78</sup> nos contratos, com manifesto desequilíbrio da relação com prejuízo para uma das partes e aumento da vantagem para a outra, de modo que a intervenção judicial consiste em promover a revisão (ou adaptação) equitativa do contrato, reequilibrando a relação prestação-contraprestação por meio da redução da onerosidade da parte prejudicada pelos acontecimentos, com a consequente redução do proveito da parte favorecida.

Entretanto, em situações de quebra da grande base do negócio, como a ocorrida no Brasil no ano de 1999, quando da abrupta mudança na política cambial, produzindo o efeito da maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano, em que os efeitos das alterações supervenientes se podem fazer sentir em relação a todos os contratantes, e não apenas a um deles, a extrema vantagem de uma das partes pode simplesmente não existir, tornando mais complexa a atuação do juiz na sua missão de revisar o contrato.

No caso em comento, por exemplo, a decisão final firmada pelo Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, foi no sentido de dividir equitativamente entre os contratantes os efeitos prejudiciais da variação cambial, de modo que ambos tiveram que arcar com prejuízos inesperados mesmo após a intervenção judicial.

Com a crise sanitária de Covid-19, nos deparamos com uma das maiores quebras da base do negócio, senão a maior de todas,

<sup>78</sup> As expressões “choque simétrico no contrato” e “choque assimétrico no contrato” foram empregadas pelo professor da Universidade de Lisboa, Fernando Araújo, em *webinar* promovido pela Fundação Getúlio Vargas, intitulado “Crise econômica e reflexo nos contratos empresariais”, em 20.05.2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=TWjR0coeV-E> acesso em 21.11.2022.

considerada a extensão territorial, uma vez que atingiu todo o mundo, bem como pelos efeitos generalizados produzidos (e ainda em produção) na economia mundial. O que se observa também neste caso é um choque simétrico em inúmeras relações obrigacionais, em que ambos os contratantes são atingidos prejudicialmente pelas perturbações na economia do contrato.

Importante alerta foi feito pela professora portuguesa Mariana Costa, acerca do requisito da imprevisibilidade no que concerne à quebra da grande base ocasionada pela crise de Covid-19: “Ao nível da imprevisibilidade, os principais problemas que se poderão colocar prendem-se com o facto de a pandemia não constituir um fenómeno instantâneo, antes se tendo afirmado progressivamente ao longo de um período alargado de tempo”.<sup>79</sup>

De fato, como salienta a professora da Universidade do Porto, se aplicado à crise da Covid-19 o mesmo raciocínio aplicado nos citados casos da maxidesvalorização do real e o contrato de compra do equipamento médico aditado após a mudança da política cambial, julgado pelo STJ brasileiro, dificilmente se admitirá a revisão de contratos celebrados ou aditados após o mês de março de 2020, por conta do *fetichismo* da previsibilidade dos acontecimentos.

Na mesma linha, a professora brasileira Karina Nunes Fritz indaga: “pode-se afirmar que, nos contratos celebrados após o início da pandemia, os contratantes conseguem antever os efeitos do vírus sobre suas atividades e distribuir racional e adequadamente os riscos contratuais?”<sup>80</sup>

<sup>79</sup> COSTA. Ob. cit. p. 4.

<sup>80</sup> KARINA NUNES FRITZ. REVISÃO CONTRATUAL E QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO. *Revista Direito UNIFACS*, v. n. 247, p. 1–24, 2021.

Em situações como essas, a solução normativa brasileira é ainda mais estreita se consideradas apenas as formulações dos artigos 317 e 478, do Código Civil Brasileiro, mostrando-se insuficiente e inadequada, conduzindo o julgador a uma lacuna e, conseqüentemente, a um dilema: ampliar as hipóteses de revisão judicial do contrato por meio de princípios, como a boa-fé e a função social, ou limitar a sua atuação ao estímulo das partes na busca por uma solução conciliada, por meio de uma renegociação.

Cabe, portanto, à doutrina civilista contemporânea a construção de caminhos sólidos para que a jurisprudência não se perca entre um positivismo estreito e um intervencionismo desmedido.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. 20. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

AZEVEDO, MARCOS DE ALMEIDA VILLAÇA. Onerosidade Excessiva e Desequilíbrio Contratual Supervenientes. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

BANDEIRA, Paula Greco. Contrato Incompleto. 1a. São Paulo: Atlas, 2015.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA. Instituições de Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CÍCERO, M. TULLIUS. Dos Deveres. [s.l.]: Martin Claret, 2005.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. Da Boa-fé no Direito Civil. 7a. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.

FRANTZ, LAURA CORADINI. Revisão dos Contratos: elementos para a sua construção dogmática. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GILISSEN, JOHN. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, ORLANDO. Contratos. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUSTAVO TEPEDINO; MILENA DONATO OLIVA; ANTONIO PEDRO DIAS. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais#:~:text=Contratos%20for%C3%A7a%20maior%20excessiva%20onerosidade%20e%20desequil%C3%ADbrio%20patrimonial&text=A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20financeira%20de%20muitos,as%20rela%C3%A7%C3%B5es%20contratuais%20em%20curso%3F>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

KARINA NUNES FRITZ. REVISÃO CONTRATUAL E QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO. Revista Direito UNIFACS, v. n. 247, p. 1–24, 2021.

LARENZ, KARL. Derecho de Obligaciones. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.].

MARIA RAQUEL GUIMARÃES; RENATO LOVATO NETO. Times they are a-changin': De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado. *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 4, p. 147–186, 2016.

MARIANA FONTES DA COSTA. A Atual Pandemia no Contexto das Perturbações da Grande Base do Negócio. Observatório

Almedina, 2020. Disponível em:  
<<https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MARTINS-COSTA, JUDITH. A Boa-fé no Direito Privado. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, JUDITH. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, JUDITH; SILVA, PAULA COSTA E. Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA. Entre Código da insolvência e “Princípios orientadores”: Um dever de (re)negociação? Revista da Ordem dos Advogados, v. II e III, n. Ano 72, p. 677–689, 2012.

OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JR. Revisão Judicial dos Contratos – Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, CAIO MARIO DA SILVA. ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULA DE ESCALA MÓVEL NAS OBRIGAÇÕES EM DINHEIRO (A VALORIZAÇÃO DOS CRÉDITOS EM FACE DO FENÔMENO INFLACIONÁRIO). Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. 2, p. 947–965, 2011.

RODRIGUES JR., OTÁVIO LUIZ. Direito Civil Contemporâneo - Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais, 2nd Edition. [[VitalSource Bookshelf version]]. 2 ed. [s.l.]: GEN - Forense Universitária, 2019.

ROPPO, ENZO. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

RUY ROSADO DE AGUIAR JR. Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHREIBER, ANDERSON. Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÊNECA, LÚCIO ANEU. Sobre os Benefícios Um Tratado sobre a Gratidão Sêneca. Sobre os Benefícios (p. 1). Montecristo Editora. Edição do Kindle. Edição Kindle: Montecristo, 2019.

SIDOU, J. M. OTHON. A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas. 2a. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TEPEDINO, GUSTAVO. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO. Soluções Práticas, v. 2, p. 547–570, 2011.

TEPEDINO, GUSTAVO. Temas de Direito Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**APONTAMENTOS SOBRE O MARCO LEGAL DO  
SANEAMENTO BÁSICO EA EFETIVA UNIVERSALIZAÇÃO  
DO SERVIÇO ESSENCIAL NO MUNICÍPIO RIO DE  
JANEIRO: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL**

**Wilson Madeira Filho**

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense, Professor Titular da Faculdade de Direito da UFF

wilsonmadeirafilho@id.uff.br

**Sandro Lúcio Barbosa Pitassi**

Mestre em Saúde Pública pela Fiocruz

Doutorando junto ao Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense

slbpitassi@tjrj.jus.br

**RESUMO**

Trata o presente artigo da discussão acerca dos desafios impostos ao Poder Judiciário no que concerne à resolução de conflitos estratégicos no campo de políticas públicas de saneamento básico, em especial no que diz respeito ao alcance das metas estabelecidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, propondo-se, inclusive, uma reflexão sobre a importância de sua atuação, pois a judicialização é um fenômeno que não pode ser descartado, notadamente quando se observa a realidade brasileira, caracterizada por uma crescente e excessiva judicialização, o que

evidencia a utilidade do estudo, até porque uma judicialização desacompanhada da ideia principal de que o bem jurídico maior a ser tutelado é o da efetiva universalização, acabará por inviabilizar o tão desejado alcance das metas e construção de um cenário de maior igualdade e acesso a capacidades instrumentais básicas de dignidade e cidadania.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Marco Legal do saneamento básico; Conflitos socioambientais.

**ABSTRACT**

This is the present article of the discussion on the challenges imposed on the Judiciary with regard to the resolution of strategic conflicts in the field of public policies for basic sanitation, in particular with regard to the achievement of the goals protected by the New Legal Framework for Sanitation Basic, Law 14.026, of July 15, 2020, proposing, including, a reflection on the importance of its performance, since judicialization is a phenomenon that cannot be discarded, especially when observing the Brazilian reality, characterized by a growing and excessive judicialization, which highlights the usefulness of the study, even because a judicialization unaccompanied by the main idea that the greatest legal good to be protected is that of effective universalization, will end up making the much-desired achievement of goals and construction of a scenario unfeasible. of greater equality and access to basic instrumental resources for learning and citizenship.

Keywords: Judicial power; Legal framework for basic sanitation; Socio-environmental conflicts.

**Introdução**

O novo marco legal do saneamento básico, através da Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, amplia a participação das empresas

privadas na oferta de serviços, que buscará atingir a totalidade das moradias do país no prazo de quinze anos. Trata-se de política essencial para os direitos coletivos humanos, assim como para o conjunto dos direitos ambiental e urbanístico, e cuja pesquisa e acompanhamento torna-se inovadora.

O presente trabalho pretende discutir o papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao alcance das metas estabelecidas a partir do advento do Marco Legal do Saneamento Básico – Lei nº 14.026/2020-, notadamente no que diz respeito à busca da efetiva universalização desse serviço essencial, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e possibilidade de exercício efetivo de capacidades instrumentais básicas de cidadania, saúde e efetivo bem-estar.

Entende-se que se mostra fundamental a consideração do Poder Judiciário como importante ator, em especial quando se analisa o atual arranjo institucional praticado no país e a significativa judicialização das políticas públicas, sabendo-se que particularmente no universo do saneamento básico, a partir das grandes necessidades, desigualdades regionais e nacionais de acesso/prestação e insuficiência de recursos públicos, optou-se por um modelo que privilegia a busca dos investimentos necessários na esfera privada.

#### Novo marco legal do saneamento básico

As políticas de uso e acesso à água potável e as correlatas políticas de saneamento, destacadamente os serviços relativos aos esgotos sanitários e ao reuso dos recursos hídricos estão, certamente, entre as mais importantes da atualidade, em especial por consolidar todo um arquetípico de planejamento urbano conjugado ao uso racional de recursos naturais que pretende alcançar, nos próximos

anos, caráter universal no país, atingindo a totalidade das famílias brasileiras.

Cotejando, por exemplo, o percurso atual das políticas públicas de saneamento no Município do Rio de Janeiro, com a correlata ação pelo governo do Estado de privatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), a ausência de parâmetros estruturantes municipais, a baixa densidade de controle social e participação democrática e o novo marco legal federal do saneamento (Lei 14.026/2020), que amplia a possibilidade de inserção de empresas privadas na oferta desses serviços, nossa hipótese de trabalho é que ocorrerá uma fragmentação dos serviços, com desníveis de qualidade, e grande diversidade administrativa.

A Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, além de alterar série de dispositivos no sentido de atingir no país a universalidade de serviços. Questão central nesse novo marco legal é a autorização para a ampliação de oferta de serviços por parte da iniciativa privada o que conflui no foco de interesse plural e complexo que virá a se estabelecer entre poder público, através de suas agências regulatórias, e empresas e, em especial, face aos direitos do cidadão, agora pautado enquanto consumidor de um bem natural.

Por sua vez, a pandemia da COVID-19 trouxe, entre seus dados alarmantes, a constatação de que a situação sanitária da população de baixa renda, sem acesso aos serviços de água e de tratamento de esgotos, resulta em altíssimo grau de risco à contaminação, com potencial alta letalidade.

A Lei 14.026/2020, configurando o novo marco legal do saneamento ressalta as metas da legislação anterior (Lei 9.984/2000)



## Ativismo judicial

Partindo-se de um cenário marcado por judicialização crescente, torna-se importante a discussão acerca do papel do Poder Judiciário no universo das políticas públicas, investigando-se questões acerca, inclusive, da legitimação da atividade criativa dos juízes no âmbito da fundamentação da decisão judicial. O judiciário brasileiro têm atuado de forma perempta e nodal no enfrentamento às investidas de uma extrema-direita com laivos totalitários e, em consequência, vislumbram-se nesse ativismo judicial significativa parcela da defesa das instituições para um pleono Estado Democrático de direito, capaz de suportar revezes. Essa legitimação, centrada na taividade judicante, repousa numa adequada fundamentação, sendo que uma segunda solução é apresentada por Robert Alexy, o qual apresenta o estudo da fundamentação da decisão judicial como critério de legitimação e controle da atividade criativa dos juízes, sendo aquela de vital importância (JORGE, 2014).

As Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, no mundo democrático, desempenham três papéis diversos: contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório (BARROSO, 2018). Nesse sentido, importa combinar o referido ativismo com a observação de seus próprios limites, ponderando eventual vanguarda diante do conjunto democrático, criticando-se, portanto, a expansão da intervenção judicial quando desmensurada e inapropriada na vida brasileira, afirmando-se que juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, não estando habilitado o Judiciário a conduzir “soluções” em determinada matéria, diante do envolvimento de

aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade com consequentes riscos de efeitos sistêmicos (BARROSO, 2012).

A supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo Tribunal Federal de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil e, no segundo sentido, refere-se à expansão de sua autoridade em detrimento dos demais Poderes, decorrendo tal ampliação e protagonismo de uma retração do sistema representativo e da sua incapacidade de cumprir promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. O deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Poder Judiciário poderia ser, nesse sentido, uma consequência do avanço das constituições rígidas e de constituições cada vez mais ambiciosas (VIEIRA, 2008).

Fato é que o tema do próprio ativismo judicial precisa ser bem visualizado, inexistindo consenso acerca do mesmo. Contudo, há certa convergência quando se afirma que o ativismo pressupõe a atuação de um poder sobre o outro, usurpando-se competências, transmutando-se o Poder Judiciário numa superinstância com prejuízos à democracia e ao pacto federativo (MARQUES; KHOURI, 2020). Fato é que Judiciário representa também, no escopo de uma trajetória histórica associada às oligarquias, eventual base de um autoritarismo “ilustrado”, o que também precisa ser pensado, sem falar do jogo político existente na transposição de grandes e estratégicas questões das políticas públicas para o campo da Jurisdição, prática consagrada muitas vezes pelo próprio Poder Legislativo, ao lançar mão de instrumentos processuais, em que pese criticar eventual postura ativista do Judiciário e afirmar usurpação de competências, podendo-se vislumbrar, dessa forma, a complexidade do fenômeno.

Impõe-se, dessa forma, uma melhor compreensão do fenômeno, particularmente quando envolva a relação entre direitos de

natureza fundamental, sendo claro o interesse justificativa acerca da busca de uma racionalidade jurídica que se coloque além da mera consagração de critérios apriorísticos e formais, mas que consiga antever e considerar a necessidade de se buscar os melhores meios potencializadores da entrega final do serviço essencial e, no caso do saneamento básico, de saúde pública, em última análise.

Tal conjunto de questões abrange a necessária consideração e entendimento de que as políticas públicas centrais, notadamente aquelas de saneamento básico, são espelho primordial do próprio jogo federativo, construindo-se as decisões jurisdicionais sob as luzes dos pontos primordiais salientados, questão de saúde pública e desenho federativo subjacente.

O protagonismo da figura da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito está vinculado, e é resultado, dentre outros aspectos, da supremacia da Constituição e da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, que possuem um caráter marcadamente principiológico, dependente de interpretação e de concretização na realidade, o que gera natural destaque dos agentes encarregados da guarda e proteção da Constituição (LEAL, 2014).

Deve-se estar atento para tal aspecto quando são analisadas questões relativas às políticas públicas de saneamento básico, de saúde pública e as chamadas disputas federativas, até porque uma manifestação jurisprudencial superficial e simplista poderá impactar de forma negativa não só no aprimoramento do jogo institucional, mas notadamente postergando o alcance da universalização de um serviço que representa o mínimo existencial, superando-se quadro deficitário lamentável em pleno século XXI, sem falar na exposição da saúde pública a quadros de riscos concretos e maiores danos, além do acirramento das disputas federativas.

Lançando-se um olhar sobre a importância de se pensar a atuação do Poder Judiciário no campo da concreção das grandes políticas públicas estratégicas, com recorte no que diz respeito ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico, importa observar, de forma exemplificativa, julgamentos de medidas judiciais centrais relacionadas ao tema de interesse consistente ao saneamento básico numa busca reflexiva sobre possíveis caminhos aptos a consagrarem uma dinâmica materialista e finalística atenta à essencialidade dos direitos em jogo e dos caminhos para a universalização do serviço e superação de quadros lamentáveis de acesso/prestação de serviços e seus impactos humanos, sociais, de saúde pública, ambientais e econômicos.

#### Decisões do supremo tribunal em matéria de saneamento básico

Diante das lacunas do marco legal do saneamento básico anterior - Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007 -, especialmente no que tange à titularidade dos serviços, diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade degladiaram algumas teses centrais: titularidade do município, titularidade do Estado, titularidade intermunicipal, titularidade compartilhada entre municípios e Estado, todas com razões relevantes (MILARÉ, 2009). A breve analisa a seguir, relacionando as decisões do Supremo Tribunal Federal, auxiliam a compreender o ativismo judicial enquanto “ourives”, a manusear a ferramenta da lei para consequências finalísticas que irão confluir, indicando ajustes, que serão em boa medida contemplados na edição do novo marco legal.

#### Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842-RJ

Partindo, em linhas gerais, da discussão relativa à instituição de região metropolitana e a questão de competência para saneamento básico, culminou-se com o não-reconhecimento de incompatibilidade entre a autonomia municipal e o interesse comum/compulsoriedade de integração metropolitana, sendo vitorioso o raciocínio acerca do caráter compulsório de participação do município em regiões metropolitanas, na mesma linha já consagrada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamentos anteriores (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, RT 20/09/2022; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri de Silveira, DJ 17/12/1999).

Salientou-se o disposto no artigo 23, inciso IX da Constituição Federal, ao estabelecer a competência comum da União, Estados e Municípios para a melhoria das condições de saneamento básico, bem como o fato de que frequentemente a função do saneamento básico extrapola o interesse local, passando a ser de interesse comum no caso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, consoante disposto no artigo 25, §3º da Constituição Federal.

Privilegiou-se, assim, a execução e planejamento da função pública do saneamento básico sob o aspecto, inclusive, da viabilidade econômica e técnica daqueles municípios menos favorecidos, o que não esvaziaria a autonomia municipal, dando-se ênfase ao conteúdo material e finalístico da possibilidade concreta de melhor desempenho da função e entrega consequente do serviço.

Consignou-se, igualmente, a ideia de que o interesse comum seria mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função do saneamento básico de um dos municípios pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 2077-3-BA

Discussão acerca de invasão de competências nos assuntos de interesse exclusivo dos municípios, já que o Estado da Bahia teria intervindo em matéria cuja competência e titularidade não lhe foram reservadas pelo ordenamento jurídico, verificando-se como ponto central de discussão a questão da titularidade na prestação do serviço de saneamento básico, correlacionando-se, inclusive, com a discussão objeto da ADI 1842-RJ, a qual, igualmente, tratava de forma central acerca da titularidade na prestação do serviço.

Interessante se atentar para a preocupação constante no voto do rel. Min. Nelson Jobim, no sentido de que devem ser evitadas decisões divergentes no que diz respeito aos feitos mencionados, exatamente pelo fato de que se depara com temática essencial para o federalismo brasileiro, o que ensejaria necessidade de exame em companhia do julgamento da ADI 1842-RJ, em que pese o objeto desta ser mais abrangente (titularidade no contexto delineado pelo artigo 25, §3º da Constituição Federal), consagrando-se interpretação do citado dispositivo constitucional a partir do Princípio Federativo e conservação da autonomia municipal.

Importante serem mencionadas considerações constantes no voto do Min. Eros Grau no sentido de que a inovação trazida pela Constituição Federal no modelo de federação brasileira será a instituição pelo Estado-Membro de uma forma de administração regional, sem personalidade política, para o desempenho de funções de interesse comum, gerando-se relacionamento compulsório dos municípios limítrofes que compõem o agrupamento, sem que reste violada a autonomia municipal, cabendo ao Estado a organização, planejamento e execução dessas funções públicas.

Por outro lado, salientou o Min. Gilmar Mendes o reconhecimento da similaridade dos temas com aqueles da ADI 1842-RJ e igualmente com demais ADIs que cuidam da titularidade do serviço de saneamento básico, citando entendimento do Min. Maurício Corrêa no sentido de que o tema de saneamento básico

enseja questões que extrapolam os interesses exclusivos dos Municípios, justificando-se a participação do Estado-Membro, em sintonia com o artigo 23, incisos II, VI, IX e XI da Constituição Federal, sendo comum a competência no campo da saúde pública, meio ambiente, promoção de programas de saneamento básico e fiscalização de exploração dos serviços hídricos.

Ressalta o Min. Gilmar Mendes que a questão central toca à preservação dos valores constitucionais mais importantes, consubstanciados na autonomia municipal e integração dos serviços de saneamento básico, perquirindo-se a dicotomia interesse comum e local, a partir da autonomia municipal e integração metropolitana, fazendo paralelo entre os casos da Bahia e Rio de Janeiro, destacando, enfim, a questão do interesse comum e o saneamento básico, conforme o disposto no artigo 23, inciso IX da Constituição Federal.

#### Ação Direta de Inconstitucionalidade 2095-RS

Entendeu-se que a criação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul (AGERGS), não representaria afronta à autonomia do Chefe do Poder Executivo ou usurpação da competência da União, pois a legitimidade para se atuar na área do saneamento básico é comum entre União, Estados e Municípios, julgando-se improcedente o pedido, no qual se alegava contrariedade aos artigos 22, inciso XXVII, 30, inciso V, 35, *caput* e 84, inciso II todos da Constituição Federal.

#### Ação Direta de Inconstitucionalidade 4454-PR

Reconhecida a invasão de competência do município para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme artigo 30, incisos I

e V da Constituição Federal, cabendo aos municípios a gestão dos assuntos de interesse local, editando leis em relação ao tema e titularidade dos serviços públicos de saneamento, estando reservada a escolha da forma de prestação dos citados serviços, se diretamente ou por delegação à iniciativa privada mediante prévia licitação, estabelecendo o artigo 30 da Constituição Federal competência expressa para a organização dos serviços de interesse local.

Ressalva o Min. Marco Aurélio, em seu voto vencido, que o sistema de distribuição de competências materiais e legislativas, privativas, concorrentes, comuns entre os entes da federação, conforme estabelecido pela Constituição Federal, é marcado pela complexidade, sendo o Supremo Tribunal Federal chamado a solucionar problemas de coordenação e sobreposição de atos normativos.

Acrescenta, por outro lado, voto do Min. Luiz Fux proferido no julgamento da ADIN 1842, no sentido de que o saneamento é o único serviço público econômico arrolado nas competências materiais compartilhadas (artigo 23, Constituição Federal), possuindo os demais natureza social.

Afirma, por sua vez, o Min. Marco Aurélio que cabe aos Estados a coleta e distribuição canalizada da água potável, discordando que os três entes estejam igualmente habilitados para a prestação do serviço de saneamento básico. Para tanto argumenta que tal desenho não se acomodaria à realidade, já que certas espécies de serviço de saneamento consubstanciam monopólio natural, restando inviável se conceber prestação ou delegação simultânea por mais de um ente, o que não atenderia à racionalidade do sistema jurídico, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, inclusive, evitar nova guerra federativa, o que prejudicaria o alcance dos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal relativos ao serviço de saneamento básico pela ausência de definição constitucional para se delimitar o alcance de cada ente.

Enfim, acrescenta o citado Ministro que o desejável, além do advento de lei complementar federal com o mesmo propósito, seria o recurso aos parâmetros tradicionalmente empregados para a resolução dos conflitos federativos, ressaltando, contudo, que o próprio critério da preponderância do interesse (local, regional e nacional ou geral), esbarra em conceitos indeterminados e na necessidade da análise concreta.

Ações diretas de inconstitucionalidade 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882

Importante mencionar julgamento relativo às Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882 proferido pelo Supremo Tribunal Federal, já chamado a se manifestar no jogo institucional e dentro da ótica da quase inevitável judicialização das diversas questões na sociedade brasileira, sobre a legalidade do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, entendendo o Colendo Tribunal que a nova regulamentação representa opção legítima do Poder Legislativo com vistas ao aumento da eficácia da prestação do serviço e o alcance da universalização, com a consequente redução das desigualdades sociais que marcam o país.

Dentro da linha argumentativa que se defende no presente trabalho, de uma judicialização que acaba por representar a marca do novo desenho institucional democrático vigente no país, e cujas objeções e críticas não representam o foco central do estudo, colocando-se mesmo como um caminho inevitável no jogo político nacional, o que se indaga é a reflexão da melhor forma de o Poder Judiciário desempenhar esse papel inafastável, defendendo-se a consagração de um olhar que privilegie o direito material tutelado e sua realização, particularmente quando se está sob discussão um direito fundamental e uma política pública estratégica, no caso, a universalização do serviço de saneamento básico e,

consequentemente, padrões mínimos obrigatórios de cidadania e dignidade.

Enfrentou-se a questão sob o enfoque de 04 premissas teóricas, consistentes na disciplina constitucional dos serviços de saneamento, da funcionalidade e atributos econômicos do saneamento, da realidade brasileira à luz da redação original da Lei 11.445/07 e o desatendimento das essencialidades sanitárias e dos objetivos setoriais da Lei 14.026/20, discutindo-se os instrumentos de prestação regionalizada *versus* a autonomia política e financeira dos municípios, a constitucionalidade dos institutos legais de cooperação, a modelagem contratual que determinou a concessão obrigatória, vedando-se o contrato de programa, o esvaziamento da autonomia administrativa dos Municípios, o desrepeito a atos jurídicos perfeitos e a preponderância do Governo Federal na coordenação do sistema de saneamento, entendendo-se, consoante já ressaltado, pela legalidade e ausência de vícios do Novo Marco Legal do Saneamento.

Acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, atento às circunstâncias e enormes problemas que envolvem a prestação do serviço de saneamento no país, bem como a incapacidade de o Estado dar conta de todo o aparato necessário para o adequado enfrentamento do problema e construção de uma realidade mais aceitável - o que ensejou a busca pelos recursos de origem privada - privilegiou um olhar hermenêutico que se debruçasse essencialmente sobre a universalização, evitando-se já no início da nova caminhada que o Marco Legal ficasse paralisado, envolto em discussões formalistas, desprezando-se uma lamentável realidade de carência e privação, a qual continua a produzir seus efeitos nefastos no campo das condições humanas, ambientais e de saúde pública.

Importante mencionar que já se discute nesse momento de transição de governo federal, conforme recentemente anunciado pela equipe de transição responsável pelo setor (MANSUR, 2022), uma revisão de pontos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico,

mencionando-se mesmo a carente previsão acerca de uma fundamental participação social na construção e condução do novo modelo, o que certamente ocasionará novas judicializações e as preocupações desenvolvidas acerca do tipo de tratamento hermenêutico a ser consagrado no julgamento de causas dessa natureza, aqui defendida uma racionalidade material, potencializadora da almejada universalização.

### Conclusões

Propõe-se, a partir de breve estudo da política pública sob exame, conjuntamente com o advento do Marco Legal do Saneamento Básico, problematização acerca das condições que possam contribuir para o sucesso ou não da comunhão de esforços entre as esferas pública/privada, analisando-se aqui a matéria sob o viés de uma judicialização rotineiramente praticada no país e os impactos sobre o plano dos fatos, acabando-se por até mesmo frustrar objetivos de ordem material, aqui consubstanciados na universalização do serviço essencial, raciocínio que deve ser considerado quando se pensa a intervenção do Estado nos diversos domínios da vida econômica.

O que se pretendeu a partir do presente trabalho e da reflexão acerca do fenômeno da judicialização, o que certamente também se verificará nas questões relativas ao saneamento básico e o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, é que se pense não só numa atuação jurisdicional guiada pelo viés da racionalidade material da realização de um fim maior, consubstanciado no sucesso da política e efetiva universalização do serviço, mas igualmente por todos aqueles envolvidos nesse processo de construção e implementação, impondo-se raciocínio marcado pela simetria, algo além daquela tradicional cooperação federativa, reveladora muitas vezes de disputas e distorções.

Fato é que o Estado já deu mostras de sua insuficiência, notadamente financeira, para fazer frente aos desafios da universalização do serviço de saneamento básico no país, uma realidade marcada por desigualdades locais, regionais e nacionais de acesso/carências, o que também evidencia a impossibilidade de uma política macro e niveladora da generalidade atender de forma satisfatória elementos fáticos tão heterogêneos, o que reforça a busca por soluções individualizadas e contextualizadas, acentuando, conseqüentemente, a importância da participação da sociedade no desenrolar da política sob discussão.

A consagração de um modelo que privilegie os recursos privados, cujos protagonistas obviamente estão movidos pelo desejo de lucro e rentabilidade, pode gerar certa colidência com aqueles interesses inafastáveis da universalização, visto que, conforme já se destacou, as regiões do país possuem diferentes graus de necessidades, desafios e possibilidade de retorno proveitoso sob uma lógica privatista de mercado, aspectos que também devem ser considerados nas discussões e busca de caminhos, inclusive por aquele ator fundamental na linha aqui desenvolvida, que é o Poder Judiciário.

Acredita-se, dessa forma, contextualizando-se o atual desenho da democracia constitucional contemporânea, que o Poder Judiciário deva fazer uso de estratégias e discursos capazes de promoverem entendimento que se coloca além de aspectos formais instrumentais, despertando-se atenção para o fato que o bem maior a ser tutelado e realizado, no caso do saneamento básico, é o da universalização do serviço, uma visão, portanto, materialista e substancial.

Propõe-se que o Poder Judiciário faça um uso proveitoso desse protagonismo institucional como instrumento fundamental de entrega da desejada universalização, contribuindo para a emancipação dos milhões de indivíduos que infelizmente ainda permanecem alijados de padrões mínimos de saúde, dignidade e acesso a

instrumental básico possibilitador de inclusão e exercício de capacidades/potencialidades humanas mínimas.

Um Judiciário que simplesmente recorra na solução das questões a técnicas interpretativas baseadas em dicotomias, raciocínios exclusivos de titularidade, disputas federativas, visão estritamente econômica do saneamento básico e desconsideração da questão de saúde pública/humana intrínseca e inafastável, obviamente não contribuirá para a cobiçada universalização, só servindo para o acirramento das disputas e dos quadros de ineficiência, aumentando ainda mais a dívida histórica e talvez impagável, com os milhões de indivíduos que ainda permanecem encarcerados no convívio dos esgotos e da degradação humana, impondo-se, repita-se, a consagração de uma racionalidade material que tenha sempre em mira o alcance do horizonte da universalização e a exploração criativa das soluções desprovidas de fórmulas gerais e milagrosas.

## REFERÊNCIAS

ABREU, M. de A. Evolução urbana do Rio de Janeiro. 3ª Edição, Rio de Janeiro Iplanrio, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Político Brasil Contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <[https://www.e-](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794)

[publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794)>. Acesso em: 03 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and

Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966.

Disponível

em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>.

Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ, rel. Min. Luiz Fux, redator p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, DJe 16/09/2013.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2077/BA, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/08/2019, DJe 16/09/2019.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2095/RS, relatora Ministra Carmem Lúcia, j. 11/10/2019, DJe 26/11/2019.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2337/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 05/10/2020, DJe 10/10/2020.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4454/PR, relatora Ministra Carmem Lúcia, j. 05/08/2020, DJe 25/08/2020.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6492/DF- Processos Apensados: ADI 6882, ADI 6583, ADI 6536, rel. Min. Luiz Fux, j. 02/12/2021, DJe 25/05/2021.

BRITTO, A. L. A questão sanitária, a técnica e a modernidade: discutindo a origem das infra- estruturas de saneamento no Rio de

Janeiro. Anais: Seminário de História da Cidade e do Urbanismo, v. 10, n. 3, 2012.

CASTRO, J. E. Systemic conditions and public policy in the water and sanitation sector. In: HELLER, Léo (Ed.). Water and sanitation services: Public policy and management, p. 19-37, Earthscan, 2009.

COSTA, A. M. Análise histórica do saneamento no Brasil. [s.l.] Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz, 1994.

JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? Quaestio Juris. Rio de Janeiro. vol 7, nº 2. 2014. p. 509-532. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/13423>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

IORIS, A. Desenvolvimento nacional e gestão de recursos hídricos no Brasil. Revista Crítica de Ciências Sociais, p. 23-41, 2009.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? Rev. Investig. Const, Curitiba, v. 1, n.3, p.123-140. Sep. 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518>>. Acesso em 03 de jul. de 2021.

MANSUR, Ana Isabel. Equipe de Transição: novo governo pretende rever Marco do Saneamento.

R7,

Brasília,

17

nov.

2022.

Disponível

em: <https://noticias.r7.com/brasil/equipe-de-transicao-novo-governo-pretende-rever-marco-do-saneamento-17112022>

MARQUES, Bruno; KHOURI, Paulo R. Roque A. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil?. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 3, p. 11091-11115, 2020.

MILARÈ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário. 6a. edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. In: Ambiente & Sociedade. São Paulo v. XVIII, n. 3, p. 193-210, jul.-set. 2015.

OLSON, Mancur. A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos de uma teoria dos grupos sociais. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo,

2011.

REIS, F.C.M., KLIGERMAN, D.C., COHEN, S.C., NOGUEIRA, J.M.R.. A efetividade social e a concessão do saneamento à iniciativa privada: O caso do leilão da CEDAE no Rio de Janeiro. Cien Saude Colet [periódico na internet] (2022/Ago). [Citado em 10/09/2022].

Está disponível em: <http://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/a->

efetividade-social-e-a-concessao-do-saneamento-a-iniciativa-privada-o-caso-do-leilao-da-cedae-no-rio-de-janeiro/18500

REZENDE, S. C; HELLER, L. O saneamento no Brasil: políticas e interfaces. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo. Revista Direito GV. 2008. p.441-463. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=p>>. Acesso em 03 de jul. de 2021.

## SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE À LUZ DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS

**Diogo Alves Verri Garcia de Souza.**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Chefe da Assessoria Jurídica da Estatal Federal NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A. Diretor Executivo de Ensino do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos. Advogado. Vinculação: Universidade Federal Fluminense – UFF.

**Rafael Lucas da Silva Santos.**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Coordenador de Alocação e Movimentação de Pessoas da Universidade Federal de Juiz de Fora. Vinculação: Universidade Federal Fluminense – UFF.

### RESUMO

O presente trabalho de abordagem interdisciplinar no campo das ciências jurídicas tem por objetivo de inaugurar a discussão sobre como se manifestam as subjetividades públicas previstas na temática administrativa sancionatória contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC). A lente teórica analítica adotada para a análise das disposições normativas do CDC consiste nas formas de subjetividades ou autonomias públicas oriundas do Direito Administrativo, que neste estudo desdobram-se em cinco espécies: vinculada, conformadora (ou configuradora), discricionária, margem de livre apreciação de conceito jurídico indeterminado e apreciativa. Em termos metodológicos, o trabalho possui um caráter exploratório

e desenvolve-se por meio de abordagem qualitativa. Os achados do estudo apontam para a confirmação da hipótese assumida quanto à presença de subjetividades administrativas na atividade sancionatória consumerista e descortinam a possibilidade de desenvolvimento de estudos, inclusive empíricos, ampliando e aprofundando a análise da atuação dos atores estatais.

Palavras-Chave: Subjetividades. Apreciatividade. Defesa do Consumidor.

#### ABSTRACT

The present work with an interdisciplinary approach in the field of legal sciences aims to open the discussion on how the public subjectivities foreseen in the sanctioning administrative theme contained in the Código de Defesa do Consumidor (CDC) are manifested. The analytical theoretical lens adopted for the analysis of the normative provisions of the CDC consists of the forms of subjectivities or public autonomies arising from Administrative Law, which in this study unfold into five species: bound, conforming (or configuring), discretionary, margin of free appreciation of indeterminate and appreciative legal concept. In methodological terms, the work has an exploratory character and is developed through a qualitative approach. The study's findings point to the confirmation of the hypothesis assumed regarding the presence of administrative subjectivities in the consumerist sanctioning activity and reveal the possibility of developing studies, including empirical ones, expanding and deepening the analysis of the performance of state actors.

Keywords: Subjectivities. Appreciativity. Consumer defense.

#### INTRODUÇÃO

Uma das linhas do debate em no campo do Direito Público diz respeito à análise das subjetividades ou autonomies públicas em suas diversas formas (vinculação, conceito jurídico indeterminado, conformações legislativas e administrativas, discricionariedade e apreciatividade). À luz dos pressupostos desta corrente doutrinária, bem como da análise preliminar dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica (hipótese; operador deôntico e consequência jurídica) a hipótese assumida neste estudo aponta para a presença de tais subjetividades na atividade sancionatória consumerista.

Partindo de tal hipótese, este trabalho objetiva desenvolver uma pesquisa integrativa, por meio da análise de institutos presentes no Direito Administrativo e no Direito do Consumidor, com o fito de inaugurar a discussão sobre como se manifestam as subjetividades públicas previstas na temática administrativa sancionatória contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O presente trabalho mostra-se relevante pela sua perspectiva jurídica interdisciplinar e pelo seu caráter exploratório, uma vez que em pesquisas realizadas em bases científicas não foram identificados trabalhos com o objetivo de analisar as sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), especificamente, nos Arts. 55 a 60 a à luz da autonomia pública administrativa. Portanto, o desenvolvimento de um trabalho que

tenha esse objetivo possui o potencial de contribuir para inaugurar discussões sobre este tema nas ciências jurídicas.

Quanto ao aspecto metodológico, com base no que preconiza MARCONI E LAKATOS (2003), ao longo do desenvolvimento do artigo será explicado o fluxo de atividades realizadas para a realização do objetivo geral do trabalho, bem como aspectos relativos à classificação da proposta quanto ao método (hipotético-dedutivo), à abordagem (qualitativa) e aos meios de investigação empregados (pesquisa bibliográfica).

Por fim, em termos estruturais, o presente trabalho contém, além desta parte introdutória, outras quatro seções. Na primeira seção são abordados os contornos normativos e teóricos que compõem a lente analítica empregada para o estudo do fenômeno. A segunda seção destina-se à apresentação do método científico empregado permitindo, desta forma, a verificação e validação dos pressupostos subjacentes à análise e discussão que é realizada na terceira parte deste artigo. Na última etapa são registradas a síntese dos principais achados, as limitações do estudo, bem como sugestões de pesquisas futuras sobre a temática.

## 1. CONTORNOS TEÓRICOS E NORMATIVOS

O Direito Administrativo convive com o debate acerca da aplicação da Lei nº 8.078/1990 aos serviços públicos, questão revigorada com a Lei nº 13.460/2017 e com sua interpretação pela doutrina (WILLEMANN, 2019). Nesse sentido, uma das vertentes dessa aplicabilidade (uma vez reconhecida), diz respeito às sanções administrativas e, conseqüentemente, a relevância de se discutir a autonomia pública manifestada pelo agente estatal como um

mecanismo de garantia da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Neste ponto, cumpre destacar que, seja em serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, na condição de delegatário negocial, é certo que a atuação administrativa e, conseqüentemente, o exercício de subjetividades, ainda se fazem presentes, eis que, se não o próprio alvo da atuação fiscalizadora ou sancionatória, será ele, inevitavelmente, o aplicador dos mecanismos existentes para prevenir ou rechaçar o descumprimento dos preceitos legais e normativos. Quanto a isso, recorda a doutrina o grau de proteção que se extrai em defesa de direitos consumeristas (GARCIA, 2022), os quais se iniciam expressamente na própria constituição.

A esse respeito da estrutura encontrada no Código de Defesa do Consumidor, como evidencia FELIPE BRAGA NETTO (2022, p. 64), em contornos gerais sobre o tema:

O CDC é permeado por normas que estabelecem fins. Ultrapassa-se, com isso, a técnica de se legislar exclusivamente mediante o binômio “hipótese/sanção”, ou “suporte fático/preceito”, ou, mais simplesmente, “causa/conseqüência”. Quando fins são definidos, a liberdade do intérprete é maior, diminuindo o formalismo e impondo o respeito a certos conteúdos normativos tidos como relevantes. Decidiu, a propósito, o STJ: “(...) a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente” (STJ, REsp. 836.913, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 08/05/07, j. 08/05/07, j. 08/05/07, DJ 31/05/07). Além disso, o rol de direitos básicos do consumidor – previsto no art. 6º do CDC – traduz rol exemplificativo, e não, por certo, taxativo ou excludente de outros direitos. Conforme veremos adiante, a essência do microsistema de defesa do consumidor está no reconhecimento de sua vulnerabilidade em relação aos fornecedores de produtos e

serviços – que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro (STJ, REsp 1.737.428, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJe 15/03/2019). Outro aspecto que deve ser destacado – e foi frisado no julgado citado – é que o CDC adotou formas abertas e conceitos indeterminados para definir as práticas e cláusulas abusivas, encarregando o magistrado da tarefa de examinar, em cada hipótese concreta, a efetiva ocorrência de referidas práticas ilegais.

A autonomia pública administrativa, por sua vez, não constitui um bloco monolítico, mas reverbera como um constructo composto por diferentes modalidades, sendo mais conhecidas a liberdade conformadora, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Essa análise é compreendida por AYALA (1995) como um espaço de livre criação de efeitos jurídico-administrativos que decorre de uma norma habilitadora e conformadora do respectivo poder administrativo, bem como o controle de seus limites pelo Poder Judiciário (MOREIRA NETO, 1998).

ANDRÉ SADDY (2020), na obra *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*, ampliando o entendimento doutrinário, apresenta as formas de subjetividades ou autonomias públicas, desdobradas em cinco espécies: vinculada, conformadora (ou configuradora), discricionária, margem de livre apreciação de conceito jurídico indeterminado e apreciativa (expressão pouco explorada nos estudos brasileiros de direito administrativo).

A liberdade conformadora ostenta um caráter mais forte (político) uma vez que constitui a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, dentre outros, por meio de

atos legislativos e normativo-regulamentares. Segundo SADDY (2020) esta forma de subjetividade encontra-se presente, sobretudo, nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica (hipótese; operador deôntico e consequência jurídica) e contempla, ainda, a liberdade para criação, formulação e desenho de políticas públicas como um instrumento de reafirmação de legitimidade.

Em caráter geral – a ser explorado, em tópico seguinte –, no campo das normas sancionatórias do CDC, por exemplo, a liberdade de conformação do Poder Legislativo se faz presente na redação do próprio texto legal, bem como nos atos complementares desenvolvidos pela Administração Pública, que denotam sentido, delineamento e aplicabilidade, como, é o caso das portarias que dispõem sobre a dosimetria das multas do art. 55, do texto legal.

Os conceitos jurídicos indeterminados funcionam, às vezes, como um instrumento de atribuição de determinados tipos de competências pelo legislador às autoridades administrativas (SOUSA, 1986). SADDY (2020) apresenta incertezas semânticas responsáveis pela dificuldade de determinação dos sentidos. A primeira, consiste na polissemia (a dúvida surge pela pluralidade de significados para um significante). A segunda incerteza reside na vagueza, ou seja, não há o estabelecimento preciso das fronteiras da palavra, o que gera dúvida sobre seu âmbito de abrangência). Por fim, a textura aberta (circunstâncias imprevistas que geram dúvida sobre a aplicabilidade do símbolo léxico).

Ao abordar os conceitos jurídicos indeterminados OLIVEIRA (2013) sustenta que tais institutos não admitem todo e qualquer significado atribuído pelo intérprete da norma. Nesse sentido, CARVALHO FILHO (2013) delinea três zonas analíticas uma zona de certeza positiva (não suscita dúvida quanto à aplicabilidade do conceito); uma zona de incerteza negativa (confere segurança quanto à exclusão do conceito); e, por fim, uma zona de

incerteza (em que repousa grande dificuldade interpretativa e reside o debate se o administrador pode considerar mais de uma solução justa).

A discricionariedade, compreendida por DESDENTADO DAROCA (1999) como um supraconceito que faz referência a um determinado *modus operandi* por meio da adoção de decisões dentro de uma margem de apreciação desejada pelo ordenamento que se materializa por meio da eleição entre diferentes alternativas com base em critérios extrajurídicos. Representa uma margem de escolha entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos. RUIZ (1997) esclarece que, na discricionariedade, os atos são *“generados en ejercicio de un amplio margen de subjetividad y de libertad de actuación previsto en la ley”*.

Segundo BANDEIRA DE MELLO (2006), a atuação discricionária franqueia ao administrador público um campo de liberdade que possibilita uma maior interferência subjetiva quanto à maneira de proceder diante das situações concretas. A partir de tais pressupostos, SADDY (2020) consigna que as normas jurídicas, ao atribuírem discricionariedade à Administração, o fazem de forma potencial, ou seja, de uma maneira abstrata ou no campo das hipóteses, uma vez que a discricionariedade efetiva somente se materializa diante do caso concreto.

A apreciatividade, por sua vez, segundo SADDY (2020) encontra-se presente, principalmente, na atuação da Administração Pública e consiste naquela margem de liberdade que o administrador público dispõe para adotar/eleger uma ou outra decisão, normalmente de forma rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. Neste tipo de subjetividade, inexistente uma motivação formal preestabelecida, em que pese a possibilidade de se motivar ou justificar a atuação *a posteriori*.

As modalidades de autonomias administrativas constituem instrumentos para realização de finalidades republicanas. Nesse

sentido, SADDY (2018) afirma que a utilização de tais institutos deve ocorrer com comedimento, equilíbrio e razoabilidade, para que a atuação do agente público se desenvolva dentro das balizas legais. Caso não haja uma atuação dentro desse contorno, não se estará diante de uma subjetividade, mas sim de uma arbitrariedade e, portanto, suscetível ao controle pelo Poder Judiciário, segundo MOREIRA NETO (1998). No mesmo sentido RODRÍGUEZ (1993) acrescenta que toda decisão da Administração, por mais discricionária que seja, é suscetível do controle judicial, não apenas em relação à mera legalidade, mas também quanto à atuação conforme o Direito e aos fins que se destina.

Em que pese esta perspectiva, CARDOZO (2013) sustenta que o mérito dos atos administrativos discricionários não é passível de revisão pela função jurisdicional do Estado, uma vez que constitui o espaço de liberdade composto por mais de uma alternativa válida colocada à disposição do administrador público para a prática do ato administrativo. No entanto, MOREIRA NETO (1998) pontua a superação do paradigma positivista genérico de insindicabilidade geral do mérito administrativo e sinaliza que apenas as escolhas administrativas que atendam otimamente ao interesse público são não sindicáveis.

No que concerne aos contornos normativos, elucida-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art.24 a competência concorrente da União, Estados, e Distrito Federal para legislar sobre consumo, bem como sobre responsabilidade por dano ao consumidor. A partir de tal previsão constitucional, o art. 55 do CDC previu a competência dos entes federativos para baixar normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa.

A lei consumerista estabeleceu, ainda, a competência normativa de tais entes no que concerne às atividades de fiscalização

e controle da produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, buscando preservar a vida, saúde, segurança, informação e o bem-estar do consumidor. Além disso, dispôs sobre a necessidade de os órgãos federais, estaduais, distritais e municipais manterem comissões permanentes, com participação dos consumidores e fornecedores, para a elaboração, revisão e atualização de tais atos normativos.

No que concerne às sanções administrativas previstas para infrações às normas de defesa do consumidor, registra-se que o art.56 do CDC estabeleceu, conforme consta do Quadro 1, 12 (doze) possibilidades, as quais podem, inclusive, ser aplicadas cumulativamente e, ainda, de forma cautelar antes ou durante o curso do procedimento administrativo.

Quadro 1. Sanções Administrativas previstas no art.56 do CDC.

- Multa;
- Apreensão do produto;
- Inutilização do produto;
- Cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- Proibição de fabricação do produto;
- Suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- Suspensão temporária de atividade;
- Revogação de concessão ou permissão de uso;
- Cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- Interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- Intervenção administrativa;
- Imposição de contrapropaganda.

Fonte: Elaborado pelo autor.

No que concerne à penalidade de multa, diferentemente das demais sanções administrativas previstas na norma, o legislador não anteviu expressamente hipóteses de sua incidência, mas, tão somente, fixou os seus limites pecuniários, bem como os parâmetros para a sua graduação (gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor). Por outro lado, em relação às penas de

apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento de produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso, a lei antecipou expressamente o cabimento quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço.

Denota-se, em tais termos, uma demarcação limitadora do atuar administrativo, ou seja, a aposição de balizas quantos às quais essas linhas incidentes sobre a esfera jurídica de eventual apenado se fará considerar. Ainda assim, no contexto de uma margem em demasia larga para tais considerações (a observar, ainda, o princípio da proporcionalidade, em seus subprincípios, que permitirão ao Direito remediar quanto ao vício quantitativo estreito ou mínimo e, ao revés, aquele que é gravoso, patente e, pois, diferenciável do primeiro).

No que concerne às penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa, o legislador previu que as respectivas são cabíveis na hipótese de reincidência, por parte do fornecedor, na prática das infrações de maior gravidade previstas no CDC e na legislação de consumo. Por fim, quanto à contrapropaganda, a lei estabeleceu que esta será aplicada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva.

## 2. UMA APLICAÇÃO QUANTO AO MÉTODO

A partir dos ensinamentos de Marconi e Lakatos, compreende-se que o método consiste em um conjunto de atividades sistemáticas e racionais que permitem alcançar o objetivo de produzir

conhecimentos válidos e verdadeiros com maior segurança e economia. Sendo assim, nesta seção serão explicados aspectos relativos à classificação da proposta quanto ao método (hipotético-dedutivo), à abordagem (qualitativa) e aos meios de investigação (pesquisa documental e bibliográfica).

No bojo deste estudo parte-se do método hipotético-dedutivo, proposto por Karl R. Popper (1902-1994), que parte de um problema ( $P_1$ ) em relação ao qual é ofertada uma teoria tentativa (TT) como uma espécie de solução provisória, posteriormente realizam-se os testes que consistem em tentativas de falseamento e de eliminação de erros (EE) a partir dos quais novas lacunas ou problemas ( $P_2$ ) podem emergir.

À luz de tal método, o problema do qual parte o presente estudo busca compreender quais são e como se manifestam as subjetividades públicas na temática administrativa sancionatória consumerista prevista, principalmente, nos arts. 55 a 60 do Código de Defesa do Consumidor ( $P_1$ ). Para a compreensão do problema a hipótese assumida é no sentido de que há por parte do agente a manifestação de alguma espécie de subjetividade ou autonomia administrativa sendo esta, portanto, a Teoria Tentativa (TT) a ser empregada na análise do fenômeno. Para verificar se tal teoria adequa ao objetivo do estudo foram realizadas pesquisas documentais (EE) e a partir da análise será proposto na seção de considerações finais uma agenda de pesquisa sobre o tema ( $P_2$ ).

Em relação à abordagem qualitativa, cumpre registrar que neste trabalho não foram empregados procedimentos ou técnicas estatísticas para a análise do fenômeno, visto que, trata-se de um estudo de cunho exploratório no âmbito do qual se analisa o texto normativo do CDC por meio das lentes teóricas que abordam as subjetividades administrativas (pesquisa bibliográfica). Note-se, assim sendo, que a presente análise se desdobra, a partir da observação do texto legal (e de seu regulamento), quanto ao âmbito de estudo do

direito administrativo, encaminhando uma análise sobre as subjetividades.

### 3. ANÁLISE E DISCUSSÃO: O ADENSAMENTO DAS SUBJETIVIDADES

3.1 Uma primeira demarcação da (não) subjetividade é normativa: as infrações administrativas e os crimes contra o consumidor

Uma inicial presença aferível no campo de aplicação do CDC é uma estrutura multifocal, que apresenta disposições protetivas materiais – mediante a configuração de direitos subjetivos aos consumidores – e regras de processo (as últimas, inclusive, dentro de um microsistema de tutela coletiva que vai além das relações consumeristas). Estabelece, ademais, sob um aporte sancionatório, ao lado da figura administrativa em testilha, dispositivos de caráter penal.

No âmbito criminal, assim, a norma expõe condutas as quais podem ser tipificadas sob a alcunha de crimes contra as relações de consumo, na forma prevista no art. 7º, da Lei nº 8.137/1990 – assim como os dispositivos inerentes ao mesmo tema, constantes do próprio CDC, e.g. art. 61 ss. –, segundo um variado rol de incisos. Note-se, aqui, quando da ocorrência da figura típica, a norma não atribui ao intérprete a margem quanto a ocorrer, ou não, a subsunção

e seu conseqüente lógico e necessário: a entrega do tema às esferas sancionatórias e penais do Estado. Ainda que possa este, por seus órgãos incumbidos de exercer a jurisdição (Título IV, Capítulo III, da Constituição, consoante critério de repartição da competência), valorar critérios que encaminharão a uma dosimetria – circunstância subjetivas, circunstâncias objetivas, dentre outros –, é correto asseverar que a *fattispecie* penal geradora não ocorre por fruto da vontade do agente, ou, muito menos, do Administrador: dá-se por um critério de subsunção, quanto a qual é limitada a subjetividade (contudo, ainda assim, com os debates atinentes à dosimetria, não desprezados).

Em casos como esse, como corretamente desborda a norma – como assim também salienta a doutrina quanto a normas penais, em âmbito geral (MASSON, 2019; REQUENA, 2018), e não só as consumeristas –, há em conta diversos princípios que guarnecem a atuação criminal e o *jus puniendi* (quanto a tal natureza) estatal, a considerar a relevância do bem jurídico, a necessidade do instrumento repressivo penal, assim como o atuar na mínima parcela necessária a tal campo – deixando a possibilidade da tutela pelo direito administrativo ou pelo direito civil quanto aos domínios que não necessitem de tal sensibilidade, inerente à seara penal da atuação do Estado. Cuidam dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da subsidiariedade penal.

A partir daí, dentro do campo de estudos entre o direito penal e o direito sancionador, incorre uma das *primeiras repercussões* referentes à subjetividade, porém, não aquela inerente à aplicabilidade do ato administrativo sancionatório, mas sim à que é referente à política pública e à eleição de determinada conduta. Ou seja, refere-se ao intento em integrá-la como campo afeito à infração penal ou à infração administrativa. Nesse sentido:

O Estado Legislador pode optar por uma ou outra política pública repressiva, com maior ou menor utilização do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador. É a vontade legislativa, de fato, a maior e mais autorizada fonte dos distintos regimes jurídicos impostos ao poder punitivo estatal, desde uma vertente de legitimação democrática vigente no Estado Democrático de Direito.

[...]

O certo é que da discricionariedade legislativa, que pode criar ilícitos penais ou administrativos consoante critérios extremamente elásticos, resulta, inegavelmente, um regime jurídico distinto a essas duas projeções do poder punitivo estatal [...]. (OSÓRIO, 2020, p. 147)

O que a citada doutrina assenta como uma forma de *discricionariedade* (que pode ser vista como discricionário em sentido amplo, e não como espécie), compõe, em verdade, campo inerente à subjetividade como conformação (a qual se verá), haja vista que permite ao legislador concretizar, consoante a política de determinado Estado com referência à matéria, à sua aderência ao campo do ilícito penal, civil ou administrativo.

A respeito do tema, cabe registrar o papel dedicado ao direito penal de apenas guarnecer os bens jurídicos mais caros no seio de uma sociedade, e, ainda assim, na parcela de atuação estritamente necessária com referência a esses mesmos bens, como colaciona a doutrina sustentada, dentre outros, por MASSON (2019) e TOLEDO (2007). Nesse sentido, é de se observar que o Código de Defesa do Consumidor possui tanto disposições referentes à infração administrativa (art. 55-60), quanto atinentes ao crime e à pena (art. 61 ss.).

Dialogam, portanto, duas matizes sancionatórias, por densificação da lei, em atendimento à matriz constitucional. No que importa para o presente tópico, há, pois, um campo de inevitável demarcação normativa rígida, no que concerne aos tipos penais. Esse caráter contrasta com os elementos mais abertos e permeáveis, previstos em normas de processo coletivo e de direito material consumerista (no que é diverso da seara da sanção), visto que permitem um campo hermenêutico não disponível para a índole da sanção penal.

Todavia, como reconhece a doutrina, esse campo limitador que se adensa na senda da tipicidade, por sua vez, não encontra idêntico resultado ou guarida ao repisar o que é inerente à dosimetria, dada alguma abertura de campo aplicacional que toca à dosimetria da pena, como salienta a doutrina (CAMPOS, 2021). Dito de outro modo, há alguma margem de subjetividade, não inteiramente demarcável, na dosimetria da pena, mesmo para o direito penal.

Em tais termos, recorde-se, quanto aos elementos iniciais de formação de uma pena a ser aplicada, consoante a teoria trifásica, “*não existe um critério ideal que solucione todos os casos passíveis de análise, uma vez que a dosagem da pena-base está relacionada a fatos concretos, evidenciados a partir da ocorrência do crime*” (SCHMITT, 2014, p. 161).

Logo, uma *segunda* questão sobre a subjetividade (em tal caso, não a administrativa, mas a penal) é o fechamento do campo semântico referente à tipicidade e a abertura (inevitável e) inerente à dosimetria. Ela repercute quer na seara consumerista, quer nas demais demarcações penais do *ius puniendi* do Estado.

3.2 Do cenário da conformação pelo legislador e pelo administrador

Conforme apresentado na primeira seção, uma das formas de subjetividades doutrinariamente reconhecida está, justamente, na etapa da conformação não só pelo legislador, como também pelo administrador – ou seja, o nas etapas inerentes ao Estado-Administração, respeitado o limite da competência normativamente estabelecida.

Com referência ao tema, no que toca à proteção do Consumidor, o constituinte foi franco em estabelecer, em diversos mecanismos, sua previsão, igualmente elevando a nível constitucional o movimento ensejador da conformação normativa. Ao lado da previsão do art. 48, do ADCT – “*Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*” –, além de norma de eficácia limitada, previsto no rol de artigos destinados a cuidar dos direitos individuais, que “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*” (art. 5º, inc. XXXII) e, ainda, a competência legislativa concorrente quanto à responsabilidade por dano de natureza consumerista (art. 24, inc. VIII). Em tais termos, como salienta a doutrina, “*a Constituição configura um âmbito submetido à liberdade de configuração normativa do legislador, todavia, acrescida a tal afirmativa.*” (SADDY, 2020, p. 29).

No campo referente à sanção, tem-se que a norma constitucional, diferentemente do que realizou em algumas outras raras sendas (e.g. quanto aos atos de improbidade, consoante art. 37, §4º, sendo, pois, a exceção fazê-lo, e não a usualidade), não demarcou em rol, quer mínimo, quer taxativo, as formas de sanções administrativas que seriam aplicáveis no âmbito consumerista (recordando que a demarcação é mais estrita na esfera penal, eis que demarcadas as repercussões descritas como inaceitáveis, e.g., art. 5º, inc. XLVII).

O que há, diretamente no texto constitucional, em verdade, é a demarcação de determinadas condutas, as quais deverão sofrer densificação no trabalho de produção legislativa – “*Art. 150, § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*” –, como comando carecedor de ação futura do legislador ordinário. Mesmo em tais caso, todavia, sem delimitar quais as hipóteses legais decorrentes do inadimplemento, ou se elas sequer existiriam. No último aspecto, aliás, o único ponto de adensamento quanto à previsibilidade de resposta inerente ao inadimplemento é estrutural do sistema, como forma de tornar viável o próprio comando constitucional perquirido, haja vista ser a sanção uma consequência natural ao descumprimento (REALE, 2002) – ainda que, igualmente, existam correntes do Direito se dediquem a tratar de sanções positivas (OLIVEIRA, 2013), isto é, que densifiquem uma outra sorte de estímulo para a adesão à norma, que não seja a implicação sancionadora.

Cabendo sempre recordar que esses campos de densificação normativa, quando extraídos diretamente da Constituição – e naquilo em que for dela extraído –, ainda que advinda de norma limitada em eficácia – as normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, na classificação trazida na década de sessenta pelo Prof. José Afonso da Silva (1997) –, ainda assim possuem eficácia irradiante, atuando como parâmetro de interpretação da legislação infraconstitucional, além de propiciarem a não recepção de normas anteriores e com elas incompatíveis, ou a inconstitucionalidade de normas posteriores, que também padeçam do mal da incompatibilidade por validade. Portanto, no caminho da conformação, não poderá o legislador obrar em produto que desconsidere em amplitude o comando protetivo consumerista ou mesmo o abomine em toda a sua aplicabilidade.

Nesse aspecto da conformação normativa, uma das discussões existentes na doutrina do direito administrativo sancionador, a qual pode encontrar campo de abrangência quanto ao

Direito e às relações de consumo (no que referente às respectivas sanções), diz respeito à possibilidade de deflagração regular de infrações (descrição de condutas) e de sanções por veículo inferior à lei, e à indeterminação porventura dela decorrente. Embora asseverasse a impossibilidade dessa degradação, quando em voga estruturas normativas sancionatórias penais – com exceção das denominadas normas em branco, que estabelecem já em lei um preceito secundário, assim como um preceito primário já alcançável, ainda que pendente de complementação –, essa sorte de graduação tem sido aceita em determinadas estruturas administrativas, como o existente, na seara ambiental, no Decreto nº. 6.514/08 (quanto às sanções previstas na Lei nº. 9.605/98), ou, no direito aeronáutico, dado o tipo aberto do art. 302, inc. II, “i” (“desobedecer aos regulamentos e normas de tráfego aéreo”), da Lei nº 7.565/1986.

Em relação ao assunto, em retorno à seara consumerista e com referência ao princípio da legalidade, cabe ressaltar que as espécies de sanções já estão previstas na lei de regência, Lei nº 8.078/1990, porém, situadas quanto a parâmetros genéricos, dentre os quais situam-se regras específicas quanto a dadas sortes de sanções, ou o guarnecimento da necessidade de contraditório e de ampla defesa (os últimos que, independentemente de constar em lei, advêm de matriz constitucional).

Embora a jurisprudência tenha aquiescido tal permeabilidade da descrição das infrações para a estrutura administrativa, a doutrina administrativista em direito sancionador colaciona duas possibilidades de entendimentos (não descritos, saliente-se, especialmente para o direito consumerista, mas aplicáveis, dada a natureza de infrações administrativas). Pelo primeiro, encontrado em Fabio Medina Osório (2020), é razoável conceber que o direito administrativo, diferentemente do penal, caminha sob uma órbita de uma tipicidade mais (porém, não totalmente) aberta, sendo possível reprimir comportamentos com base em cláusulas de maior generalidade, desde que o tipo sancionador contenha “*grau mínimo de*

*certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada [...] [descabendo] uma deslegalização completa em matéria sancionadora, de modo que a lei possa abrir espaço para uma atuação administrativa inferior arbitrária, ilimitada e descontrolada.”* (OSÓRIO, 2020, p. 253-254).

Por sua vez, pelo segundo ponto de vista, inspirado no princípio da legalidade sancionadora ampla (com algumas influências, pois, da matriz penal, no que diz respeito a tal garantia), conquanto admita normas em branco administrativas, deve haver a necessária “*descrição clara e formal do ilícito por lei formal, sendo vedada sua criação pela Administração Pública [...]. O regulamento não vai dispor diretamente sobre a conduta proibida, mas sim sobre um aspecto acessório de tal conduta*” (MELLO, 2007, p. 148). Esse tema, pela sua amplitude e localização, também inclui elementos de outra forma de subjetividade administrativa – a existência de conceitos jurídicos indeterminados, dada a sua decorrente vagueza.

Recentemente, note-se que o instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN), em tema correlato (mas pertinente ao direito consumerista), ao analisar a proposta de Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, salientou expressamente a inaplicabilidade de rol de infrações administrativas dispostas em ato administrativo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, mas não constantes da lei:

[...] Nesse aspecto, o IDASAN chama a atenção para dois grandes pontos: [...] ii) a ausência de tipificação de condutas (infrações) pela LGPD e correspondentes sanções, o que ao mesmo tempo viola a legalidade e a tipicidade, além de sacrificar a segurança jurídica.

Ainda que se admita e legalidade flexível no campo do direito administrativo sancionador, que comportaria uma composição mais

ampla de conceitos altamente indeterminados, a tipicidade, garantia catalisadora da legalidade e da segurança jurídica, exige um mínimo de previsibilidade quanto às condutas vedadas e correspondentes reprimendas.

Nesse giro, em que pese a ausência de previsão na LGPD no que tange aos tipos, o Regulamento proposto, não obstante não seja o meio mais adequado para suprir a lacuna, pode ser aproveitado para positivar as condutas reprimidas em escala de gravidade mediante as devidas proposições da ANPD (2022).

Acerca do tema, queda-se pertinente traduzir uma consideração, outrora trazida por um dos autores do presente artigo, quanto à objetivação das infrações administrativas, a qual pode salientar linhas de debate quanto a igual sorte de debate jurídico: ao lado da percepção de que o direito penal tende a tutelar os bens jurídicos mais caros a uma sociedade (restando, ao menos em tese, pois, ao direito administrativo, os menos complexos ou, quiçá, os não elegíveis para a seara penal), o debate quanto ao bem jurídico protegido e a sorte de sanção a ser aplicada: situações cuja própria proteção ao bem jurídico exige que a ação estatal se atenha a *“uma percepção do bem jurídico exposto e do bem jurídico apenado. Há a ideia de núcleo do direito fundamental: quanto mais próximo ao centro, maior rigidez se depreende”* (SOUZA, 2022).

Observe-se, por fim, que a lógica de conformação normativa, por ser vertical, impende em uma análise necessária igualmente quanto à validade. Nesse sentido, no domínio também da defesa do consumidor e do art. 2º, da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996<sup>81</sup>, a doutrina cita a sentença proferida na Ação Civil Pública n. 98.0025524-9, da 4ª Vara da Justiça Federal de Porto Alegre, em 1999,

<sup>81</sup> “Art. 2º É proibido o uso de cigarros, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”.

a qual afastou (por ilegalidade) a Portaria 121/DGAC do Departamento de Aviação Civil (DAC), a qual, *“à guisa de estabelecer normas a partir da Lei n. 9.294/96 e de seu decreto regulamentar, acabou permitindo, de fato, que o passageiro fumasse [a bordo de aeronaves] sem que estivesse garantido o perfeito isolamento do ar”*. (NUNES, 2022, p. 91). Além, por óbvio, das regras inerentes à segurança da aviação civil – espectro do denominado *safety* –, a portaria em testilha estabelecia uma incompatibilidade vertical com normas de salubridade e de qualidade do ar, protetivas ao consumidor.

No âmbito consumerista, a etapa de conformação a nível legal está disposta no art. 55 a 60, da Lei nº 8.078/1990. A conformação incidente sobre etapa regulamentar – isto é, *infralegal* –, por sua vez, está no Decreto nº 2.181/1997, no Decreto nº 5.903/2006, assim como nas demais normas regulamentares afeitas a cada esfera federativa – e.g., no estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 3.906/02, que disciplina a forma de fixação das multas administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, e Lei Estadual nº 6.007/2011, que dispõe sobre os critérios para a aplicação de multas aos infratores das normas de proteção e defesa do consumidor –, visto que, como visto, quedam-se detentoras de competência, na forma do art. 24, inc. VIII, da CRFB/88.

### 3.3 A questão envolta no conceito jurídico indeterminado

Observa-se que a natureza inerente a determinados âmbitos de proteção normativa pressupõe uma maior vaguidade nos comandos advindos ora do constituinte, ora do legislador, os quais se transformam em categorias normativamente mais densas, respectivamente, no âmbito da própria lei ou do decreto (regulamento), dentro da atividade de produção normativa de

hierarquia imediatamente inferior. Essa é a atividade de conformação acima aludida. No próprio campo consumerista, como relata a doutrina, essa natureza da norma a ser conformada observa uma apresentação de valores, inerentes a um movimento que perpassa por todo o ramo jurídico. Em tal vista:

Dissemos há pouco que o modo clássico de legislar usava o binômio “causa/consequência” (isto é, “se acontecer isso, a norma prevê que deverá acontecer aquilo”). Atualmente, no entanto, sem abandonar as normas acima referidas, cresce a utilização, pelo direito, de normas descritivas de valores. Normas que não preveem relação de imputação com causas e efeitos; preveem apenas valores a serem protegidos. Gustavo Tepedino esclarece: “Na experiência brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Cidade são bons exemplos de ampla utilização da técnica das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados associada a ‘normas descritivas de valores’” (Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 07). Paulo Lôbo, a propósito, sublinha que “o Código de Defesa do Consumidor é uma lei eminentemente principiológica, com vasta utilização não só dos princípios, mas de conceitos indeterminados” (Paulo Lôbo. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76). Essa regulação narrativa, onde valores são descritos, onde finalidades são externadas, pode funcionar como valioso instrumento de política legislativa, especialmente num momento histórico em que o Estado atua na vanguarda de políticas públicas, incentivando determinadas condutas e não apenas as reprimindo. Não só, aliás, do CDC. Trata-se atualmente de tendência que perpassa toda a ordem jurídica. (BRAGA NETTO, 2022, pp. 64-65).

Todavia, a abertura que se pretende, pelo constituinte ou pelo legislador, nos campos do atuar da norma a ser conformada, em

muitas vezes – principalmente, nas normas constitucionais, dada a natural maior abertura semântica que lhes são inerentes, como também a natureza aberta da linguagem, ambas, como admite a doutrina –, resulta em elementos de difícil apreensão imediata pelo intérprete, eis que postos sob forma pouco clara e, ademais, com capacidade de estabelecimento de possibilidades amplas. No aspecto legal, há o exemplo extraído do §3º, do art. 18, quanto ao que seja a essencialidade. Dentre tais alicerces, para fins da consignação de uma outra forma de subjetividade – recordando que são elas, consoante a doutrina: a vinculação, a discricionariedade, a conformação, a apreciatividade e o conceito jurídico indeterminado (SADDY, 2020) –, é resultado não raro a existência de construtos jurídicos que, previamente a serem conformados, devem ser compreendidos. É a linha do conceito jurídico indeterminado, no qual se extrai, como bem elucida a doutrina, uma zona de certeza positiva (aquilo que certamente está dentro do conceito), uma área de certeza negativa (o que, necessariamente, não o integra) e uma zona obscura, de incerteza ou penumbra, também denominada zona cinzenta (OLIVEIRA, 2013).

A título de exemplo (retórico, dada a consolidação desse conceito, na doutrina consumerista), se o conceito de consumidor fosse um dos mencionados conceitos indeterminados, haveria como zona de certeza positiva a pessoa natural que adquire de fornecedor, como usuário final; a de certeza negativa, dois grandes conglomerados que pactuam contratos mercantis; e a zona da incerteza (hoje deveras firme, quanto às hipóteses que são demarcadas), tanto a figura do microempresário que adquire bem que utilizará em sua cadeia produtiva – quando em situação de vulnerabilidade, consoante a teoria subjetiva mitigada –, quanto a daquele que, pessoa física, adquire produto para fins de doação, como presente. Note-se que mesmo conceitos imprecisos podem receber determinada demarcação, em virtude do tempo.

No que é pertinente para os debates atuais sobre subjetividades administrativas e direito do consumidor (principalmente, no que diz respeito à sanção administrativa), a questão mais clara que se assevera refere-se às demarcações genéricas, reconhecidas na doutrina, como aquelas existentes na aposição de vocábulos como “nocividade” e “periculosidade” em potência (art. 9º e art. 10), as quais podem ensejar a aplicação de medidas descritas no Capítulo VII (Das Sanções Administrativas). Como forma de densificar o exemplo:

Surge aqui com o art. 9º o problema da definição do que seja produto ou serviço “potencialmente nocivo ou perigoso à saúde ou segurança” do consumidor. Recordemos: a lei permite que produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança do consumidor sejam produzidos e comercializados. O problema é que o art. 10 proíbe a venda dos produtos e serviços que apresentem alto grau de nocividade e periculosidade. Logo, a permissão legal está estabelecida entre o que seja potencialmente e o que se apresenta com alto grau de nocividade e periculosidade.

A norma não poderia ser mais vaga. Usando essa terminologia, jogou para a discussão de casos concretos o exame da nocividade e periculosidade. Para entender o estabelecido pelas letras da norma, é necessário recorrer aos estudos da linguagem jurídica. Nossa escolha nesse assunto recai sobre Genaro Carrió, que apresenta aspectos de linguagem que nos interessam. A proposição normativa tanto do art. 9º quanto do art. 10 é formada por conceitos vagos, que, por conta disso, situam-se na chamada “zona de penumbra”. Os termos que têm essa característica dependem do contexto linguístico ou pragmático para terem sanadas suas indeterminações. Assim, por exemplo, o termo “calvo” ou “careca”. Se alguém não tem cabelo nenhum é, com certeza, calvo ou careca. Se tem muito cabelo, por certo não é. Mas, quando está começando a perder cabelo ou já perdeu bastante mas ainda mantém muitos fios na cabeça, é ou não calvo?

[...] No caso presente, o tratamento linguístico de potencialidade da nocividade e periculosidade volta-se, então, ao regime normativo, que impõe restrições e condutas aos fornecedores no caso de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos, determinando que informações especiais, além das regularmente exigidas, sejam fornecidas. (NUNES, 2022, pp. 93-94).

Há, pois, denotada em norma um determinado dever, o qual, por não ser suficientemente claro em alcance e extensão, transmite sua vaguidade ao preceito sancionador, uma vez pretensamente descumprida a norma de conduta – quedando-se necessária uma análise do caso concreto, juntamente do campo normativo. Por outra via, há hipóteses em que a indeterminação advém diretamente no tipo sancionador administrativo (em seu preceito primário), sem cláusula de extensão a dever intranormativo, como no art. 9º, inc. I, do Decreto nº 5.903/2006, quanto ao que seja a distância *normal* de visualização do consumidor.

Ainda quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, repisa-se, além da discussão atinente aos conceitos abertos e às cláusulas vagas (também presente no campo da conformação normativa), pode-se trazer uma aproximação com as normas sancionatórias vagas, imprecisas. Discorre-se sobre o que trata LUIZ LUISI (2003), com as adaptações cabíveis (haja vista o debate, que ora afasta, ora aproxima, direito administrativo sancionador e direito penal), quanto a um tipo penal em demasia aberto, o art. 324, do Código Penal Militar – havendo posições nos dois sentidos: pela inadequação do mencionado dispositivo, vista no mencionado autor, dada a abertura semântica que propicia; e outras tendentes à aceita-lo (NEVES; STREIFINGER, 2012), considerando a remissão aos regulamentos, como bastante e suficiente. Na doutrina administrativista (em lição que se acomoda facilmente ao direito do consumidor, naquilo que referente às infrações administrativas), Tomás-Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría, nesse termo (em análise à sentença da Corte Constitucional de 1990), recordam

que “*não cabem, pois, cláusulas gerais ou indeterminadas de infração, que permitiriam ao órgão sancionatório atuar com um excessivo arbítrio e não com o prudente e razoável que permitiria uma especificação normativa*” (2014, p. 201).

Mais ainda, no campo do direito sancionador, as cláusulas aptas à conformação (e.g. cláusulas gerais) andam próximas dos conceitos jurídicos indeterminados, eis que estes admitem o detalhamento *a posteriori* de seu conteúdo, como hipótese de fuga da indeterminação normativa (sendo o outro caminho a via da interpretação, que separa os pontos definidos das zonas cinzentas). Mas, mesmo não conformados, estes (os conceitos jurídicos indeterminados) podem ser válidos e taxativos quanto às zonas positivas e negativas de certeza, ao passo que aquelas requisitam a norma posterior, como maneira de conformar-se com aspectos de perda de maior abstração e subjetividade e ganho de maior concretude. Note-se que, de sorte a evitar incompreensões ou possíveis zonas de penumbra, cabe ao regulamentador encaminhar-se ao produto normativo, como fez, por exemplo, no campo consumerista, no Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006, ao explicitar, em seu artigo 2º, conceitos, de correção, clareza, precisão e de ostensividade.

3.4 Há verdadeiramente uma discricionariedade na escolha da reprimenda?

A doutrina já se fez atenta a apresentar a discricionariedade como tendo um relevante papel no controle do arbítrio do Poder e do Absolutismo (MADALENA, 2020). Sua existência significa a passagem de um instante de total deliberação por parte do Rei, para um estado das coisas em que este – assim como os juízes que aplicam a lei, no pós-Revolução Francesa (MARINONI, 2019) – estaria limitado pelo Parlamento. Há a retirada do poder individualizado de apenas uma pessoa, sua divisão entre a seleção das hipóteses

legalmente possíveis (pelo Parlamento) e a escolha final dentre aquelas determinadas e previamente eleitas (pelo Executivo). Em suma, “*já nos primeiros momentos do Estado Liberal a criação do Direito deve ocorrer na forma prevista pelo próprio sistema, como forma de afastar o quanto possível o arbítrio de quem seja que exerça o poder [...] O direito é, então, finalmente, previsível*” (FERREIRA, 2018, p. 50).

Em tais termos, a discricionariedade propõe um limitado campo de escolha, a partir de balizas legais previamente estabelecidas, sendo certo asseverar que, algumas vezes, esta estaria direcionada a zero, dada a conformação da hipótese concreta única capaz de atender as opções legislativas. Nesse sentido, considere-se a metáfora do guarda-chuva, que traz André Saddy (2020) em seu texto: consoante propõe o articulista, se o administrador pode comprar sombreros em três tamanhos (pequeno, médio e grande, dado o campo de discricionariedade), mas a situação em concreto somente apresenta pessoas de compleição física robusta, como pretensos usuários de tais sombreros, a discricionariedade, aqui, de fato, é inexistente, pois apenas a última hipótese eficazmente atenderia (sombrios grandes).

Posto de outro modo, algumas vezes, as pretensas opções legislativas, dada a apresentação da *fattispecie in concreto*, impedem as diversas hipóteses da discricionariedade, restando apenas poucas, duas ou nenhuma. Em outras bases fáticas, porém, a discricionariedade seria plenamente aferível, instada no conjunto encontrado na demarcação normativa, sem limitações tão intensas pelas rédeas do caso concreto. Observados tais matizes, por exemplo, no que é afeito especificamente às normas consumeristas e à sanção ao inadimplemento normativo, cabe notar que o art. 56, do CDC, estabelece doze diferentes sanções, as quais, aplicadas alternada ou cumulativamente (bem como sob a forma cautelar), compreendem quer uma simples (e proporcional, podendo ser, inclusive, diminuta, a considerar o comando do parágrafo único) multa, à interdição do estabelecimento ou cassação da licença da atividade.

Por certo, a estrutura do caso concreto – não apenas as regras de dosimetria, como, ainda que houvesse a ausência delas, o princípio da proporcionalidade – repele a pena de cassação para a sociedade empresária que, pela primeira vez e segundo erro (não por malícia), impõe preços diversos para um mesmo produto em oferecimento, de baixa repercussão pecuniária e sem causação de prejuízo. Da mesma forma, não se faz crível que o estabelecimento insalubre e deveras danoso receba a multa, mas mantenha-se em pleno funcionamento. Vê-se no exemplo anunciado, segundo campo disposto em norma, que também há azo a um conceito jurídico indeterminado – não densificado em norma –, quando à cassação para a “prática das infrações de maior gravidade”.

Note-se que é questão que não abrange somente o atuar administrativo – tomando repercussões, pois, no que concerne à atuação jurisdicional e a aplicação da sanção penal. Nos campos afeitos à decisão e as diversas opções passíveis de tomada pelo decisor, há estudos, outrossim, que se empenham pela possibilidade do afastamento da discricionariedade da decisão judicial positivista pelo abandono da teoria do livre convencimento, no Código de Processo Civil de 2015 (FERREIRA, 2018). Ao lado, outras estudam o papel da discricionariedade decisória de alçada penal. (CAMPOS, 2021). Temas, portanto, afeitos todos a uma seara tipicamente decisória, ainda que, naquilo que for concernente ao exercício da jurisdição.

Em verdade, o presente tópico cuida das duas formas restantes, dentre as quatro tratadas (ou seja, desconsiderada uma quinta forma, referente aos atos vinculados) de subjetividade administrativas: a discricionariedade e a apreciatividade. Em uma estrutura das subjetividades, como bem recorda SADDY, com referência ao citado instituto:

A discricionariedade deriva unicamente da vontade expressa do legislador, ou seja, é intencionalmente delegada ao administrador. Ela se produz quando o autor da norma autoriza ao aplicador de um

modo expreso a escolher entre diferentes instrumentos. Assim, diversamente da discricionariedade, a apreciatividade não deriva exclusivamente da vontade expressa do legislador, ou seja, da norma jurídica intencionalmente delegada ao administrador. Ela deriva de outras indeterminações do Direito, como do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico e do próprio exercício funcional. Significa dizer que, em qualquer destes pressupostos, terá uma habilitação implícita, logo, a apreciatividade deriva de uma forma implícita; e não explícita.

Para a realização da apreciatividade, o executor não pode imaginar uma forma de atuação e simplesmente realizá-la. Os ordenamentos geralmente oferecem uma série de meios aos que devem apelar os agentes para realizar seu labor, mas, em todo caso, tais meios possibilitam sempre uma eleição e decisão entre alternativas ou opções diversas. Todo agente público está submetido ao Direito, devendo extrair do mesmo a justificação de suas eleições e/ou decisões. De modo que, quando as normas são vagas, incompletas ou se contradizem, é preciso ter em conta todos os princípios e valores sobre os quais descansa o sistema. É preciso, muitas vezes, fazer uma interpretação sistemática de todo o conjunto normativo para a tomada de uma decisão e isso, por si só, oferece ao administrador apreciatividade. (SADDY, 2020, pp. 412-413)

No que diz respeito às estruturas sancionatórias, a doutrina administrativista de Daniel Ferreira, ao enfrentar expressamente a discricionariedade, e ao abordar a certa margem de apreciação a que se refere Di Pietro, recorda que o último termo “*tem levado alguns ‘desavisados’ a cogitar de que o referido juízo (de certa margem de apreciação, repita-se) seja subjetivo (sic) e que possa se dar no curso do processo disciplinar. E não pode!*” (FERREIRA, 2009, p. 252).

Recorde-se, igualmente, que mesmo as normas vinculadas possuem uma estrutura apreciativa, atinente àquilo que se labora em campos referentes à não discricionariedade da apreciação, mas que

não encontram resposta no limitar vinculativo do ato conformador (SOUZA, 2020). Esse exemplo, é externado – *mutatis mutandis*, sem relação com o campo consumerista ou sancionatório, mas dentro de uma demonstração sobre o que há na lógica e na teoria apreciativa –, ao tratar da apreciatividade de atos de conteúdo vinculado, mas fora de elementos demarcados pela norma, como o que ocorria na antiga (na esfera federal) licença prêmio do servidor público estatutário.<sup>82</sup>

Todavia, muito da estrutura percebida quanto ao âmbito sancionatório, apenas é encontrada no encaminhamento que se furta a operar na abstração e dirige-se quanto à moldura da situação real apresentada – pois, não só nas balizas da norma, ainda que a estas o aplicador se vincule. A apreciatividade, em tal interregno, encontra-se na temática referente à sanção.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> “Mesmo nos atos vinculados que estabeleciam condicionantes – por exemplo, a antiga licença-prêmio, que limitava o número de servidores simultaneamente ausentes – era da nota da apreciatividade a escolha de qual agente perderia a vez, ainda que este estivesse guarnecido por uma licença vinculada. Por exemplo, em um órgão responsável pela defesa jurídica da União, seria apreciativo ao gestor decidir que, face à informação de que todos os advogados do setor haviam alcançado os requisitos da licença e solicitado simultaneamente seu gozo, decidir que a ausência não seria deferida para todos os tributaristas em uma só vez, ainda que estes, sozinhos, correspondessem a menos de um terço do todo de agentes do órgão. Trata-se de uma área de análise que não necessita de previsão expressa em ato normativo para que, dentro de um juízo apreciativo, sua realização seja deferida ao gestor.

O que principalmente distingue a discricionariedade da apreciatividade, em tal contexto doutrinário, é que a primeira apenas pode ser tida dentro de uma série de opções previamente postas, as quais previstas em abstrato e que exigirão o atuar do administrador no caso concreto. No atuar cotidiano das ações subjetivas, sobra muito maior espaço para a atuação apreciativa.” (SOUZA, 2020).

<sup>83</sup> No campo do direito sancionador, há um exemplo que bem demonstra o que é referente ao encaminhamento da apreciatividade, e não ao campo discricionário propriamente dito. A hipótese a seguir narrada, descrita em livro sobre direito sancionador, discutia o âmbito da infração administrativa objetiva e eventuais escusas perquiridas na estrutura do caso. Para fins da adequação e da utilidade ao presente tema (subjetividades), propõe-se o focal na ação do agente fiscalizador

O assunto da discricionariedade na escolha da pena (administrativa) também se fez recentemente referido – não pela via do direito do consumidor, mas do sancionador administrativo –, em uma das mesas do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.<sup>84</sup> Na oportunidade, assim como aqui defendemos, a debatedora Raquel Urbano de Carvalho asseverou a inexistência de uma verdadeira discricionariedade na aposição das sanções administrativas. Por certo, conforme salientamos, a margem discricionária que, em tais casos, haveria, diz respeito tão só à eleição dentre as opções sancionatórias dispostas em norma, observados os critérios normativos estabelecidos, em uma análise do caso concreto (no que inclui, por certo, a proporcionalidade). Em casos como esse, a margem de valoração disponível para o intérprete pode ser tão

(pressupondo, ainda, manter-se uma infração administrativa objetiva), na segunda situação aludida: “[...] *Transportando esse raciocínio para o exemplo do uso obrigatório de máscaras e para a estrutura das sanções em Direito Administrativo, não há como negar que, mesmo sem que conste a previsão expressa, há elementos que impedem o atuar sancionatório quanto ao caso, ainda que avalizáveis somente em esfera da revisão administrativa ou judicial, quer em face do princípio da proporcionalidade (de adoção para o caso concreto), quer em razão da normalidade das circunstâncias concomitantes (a exigibilidade de conduta diversa). Dentre uma das factíveis hipóteses, a ameaça séria e real que faz um fanático contrário à utilização de máscaras, obrigando o indivíduo a retirar a sua, monta a conformação correta em uma análise pautada na inexigibilidade de conduta diversa.*

*Ou, considerando o mesmo fanático, desta vez, que forçosamente arranca o equipamento de proteção do rosto de outro utilizador e o lança ao solo (ausência de conduta em, sequer, retirar o acessório, por parte daquele que sofrerá a medida afliativa), não havendo tempo hábil para que o indivíduo providencie outra, eis que, instantes depois, é alcançado pelos agentes da Administração e autuado. Note-se que, mesmo no último exemplo (o da máscara retirada, por coação física externa), o debate não está na ausência ou confirmação da conduta, mas sim no permanecer sem o objeto por opção contrária (ou não) às regras de Direito. Em ambos os casos, se a existência de deformação ao querer da norma é a essência da utilidade da sanção, em sendo ele ausente, o atuar sancionatório não mais se torna palpável”* (SOUZA, 2022).

<sup>84</sup> Realizado entre 26 e 28 de outubro de 2022, na cidade de São Paulo-SP. A referência ocorre quanto à Mesa “Controle Judicial Do Direito Disciplinar Do Servidor Público”, instalada no dia 27 de outubro, composta por Bruno Barbirato (AM), Presidente, Daniel Wunder Hachem (PR), Raquel Urbano de Carvalho (MG) e Flávio Unes (DF).

enxuta que se assemelha à redução a que asseverou Andre Saddy quanto aos atos discricionários.

Por certo, ainda que exista na experiência jurídico-administrativa a infração administrativa tarifada – e.g. a pena por abandono de cargo, quanto ao servidor regido pela Lei nº 8.112/1990, em que unicamente é passível a demissão –, essa não é a regra do sistema (SOUZA, 2022). Deve-se recordar, quanto a tal sentido, todavia, existir sim um âmbito de deliberação administrativo sobre os rumos a cumprir, dadas as próprias finalidades inerentes a pena e os parâmetros que o legislador salientou aptos a serem desempenhados.

Em suma, o que existe na estrutura sancionatória não é propriamente a discricionariedade como livre escolha, mas o necessário trânsito dentre as molduras estabelecidas (dada a percepção da tipicidade administrativa), mas consonantes com uma margem de subjetividade do aplicador (instada, sim, sob a forma de apreciatividade), na estrutura do caso concreto. O aplicador vincula-se às possibilidades estruturadas em norma, mas, nos limites internos a tais conformações, atua em estrutura apreciativa. Essa conformação, como visto – a inviabilidade de um juízo plenamente tarifado, em todos os casos, pois que sempre relacionados a situações do caso concreto, pelo aplicador –, é reconhecida mesmo nas estruturas afeitas aos bens sensíveis mais sensíveis, como a esfera penal (SCHMITT, 2014; CAMPOS, 2021). Logo, discricionariedade e apreciatividade, vistas em conjunto, são subjetividades igualmente presentes no Código de Defesa do Consumidor, assim como em grande parte das estruturas sancionadoras administrativas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do teor do artigo, tem-se, em uma perspectiva interdisciplinar, a realização do seu objetivo, na medida em que foram

inauguradas e realizadas análises e discussões sobre a manifestação das subjetividades públicas previstas na temática administrativa sancionatória contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse sentido, foi feita, inicialmente, uma delimitação quanto ao *locus* no qual a manifestação das subjetividades administrativa pode ocorrer, uma vez que o CDC distinguiu de forma clara quais condutas e, conseqüentemente, os bens jurídicos que são tutelados pela seara administrativa e quais ficam reservados à esfera penal. Em que pese tal delimitação, na temática sancionatória, a doutrina aponta haver, ainda que de forma distinta, manifestação de subjetividade por parte dos agentes estatais na dosimetria da pena, porém, tal campo sancionatório, não constituiu o objeto analítico central deste trabalho. Adiante, foi abordada especificamente a liberdade de conformação no contexto da proteção do consumidor e discutida a possibilidade do estabelecimento de condutas e sanções, na seara administrativa, por meio de instrumentos normativos infralegais oriundos do Estado-Administração com destaque para o Decreto nº 2.181/1997, no Decreto nº 5.903/2006.

No que concerne à margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, foram apresentados na seara administrativa sancionadora consumerista aspectos relacionados ao próprio conceito de consumidor, bem como a noção potencial de “nocividade” e “periculosidade”. Nesse contexto, também foi abordado o esforço estatal para evitar zonas conceituais incertas por meio da explicitação do alcance semântico de termos como: “correção”, “clareza”, “precisão” e de “ostensividade” por meio do Decreto nº 5.903/2006. Ademais, também foi realizada uma discussão sobre a existência (ou não) de discricionariedade na estrutura sancionatória no que tange ao seu caráter potencial ou efetivo, bem como defendida a existência da possibilidade de uma atuação apreciativa dos agentes estatais a partir das disposições constantes do CDC.

Logo, a partir das discussões desenvolvidas, ratifica-se a hipótese assumida na etapa introdutória deste estudo quanto a presença de tais subjetividades na atividade sancionatória consumerista.

Por fim, cumpre destacar que, em que pese o objetivo central deste artigo ter sido alcançado, compreende-se, por um lado, as limitações decorrentes do seu caráter exploratório, mas, por outro, o seu potencial de contribuir para a realização de novos estudos que busquem analisar, inclusive de forma empírica, como se manifestam as subjetividades dos agentes públicos que integram a estrutura estatal consumerista sobretudo no que tange ao exercício da atividade apreciativa em sua atuação cotidiana. Além disso, como agenda de pesquisa, sugere-se, ainda, a análise, a partir da lente teórica da subjetividade, dos instrumentos normativos elaborados pelos Estados e Distrito Federal, no exercício da competência legislativa concorrente prevista no Art.24 da CF/1988, com o fito de verificar se há e como se manifestam as subjetividades públicas.

## REFERÊNCIAS

AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995.

BRAGA NETTO, Felipe. Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ. 17. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm) Acesso em: 15 out. 2022.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: Juspodivm, 2021.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Org.). Discricionariedade administrativa. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 37-66.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de direito administrativo. trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2.

FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Fabio Luiz Bragança. A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no cpc/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

GARCIA, Emerson (Org.). Discricionariedade administrativa. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 3- 42.

GARCIA, Leonardo. Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo. 17. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2022.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MADALENA, Luis Henrique. Uma teoria da discricionariedade administrativa. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARCONI, M. de A.; Lakatos, E. M. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LIMA, Marcos Cesar de Souza (coord.). Hermenêutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade. Niterói: UFF, pp. 23-41.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Manual de direito penal militar. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Rizzato. Manual de direito do consumidor. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUENA, Griselda Amuchategui. Derecho penal. Ciudad de México: Oxford University Press, 2018.

RUIZ, Jorge Fernández. Derecho administrativo. Distrito Federal: McGraw-Hill, 1997, pp. 136-137.

SADDY, A. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

\_\_\_\_\_. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUSA, Antônio Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, p. 276-291, 5 fev. 1986. 275-276.

SOUZA, Diogo Alves Verri Garcia de. Notas sobre a subjetividade no direito-dever de aptidão funcional: a licença capacitação como atuação discricionária. *In: SADDY, André. Discricionariedade na área educacional*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, pp. 183-216.

\_\_\_\_\_. Sanção, atuação estatal e culpabilidade: uma perspectiva sobre dolo, culpa e medida nas infrações administrativas. *In: VORONOFF, Alice; PALMA; Juliana Bonacorsi de; TOLEDO, Renato (coord.). Direito administrativo sancionador regulatório*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022, pp. 141-195.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. O consumidor e o usuário de serviços públicos – distinção e peculiaridades a partir da lei federal nº 13.460 de 2017. *In*. MARTINS, Plínio Lacerda.

## RISCOS E AMEAÇAS À INTEGRIDADE DO DIREITO CONSUMIDOR ENQUANTO SISTEMA PELO ADVENTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Sidney Rosa da Silva Junior

Pós-doutorando em Direito - UFFDoutor em Direito – UBU Mestre  
em Direito – UERJ Promotor de Justiça do MPRJ

### RESUMO

O presente trabalho visa a identificar como as novas tecnologias podem colocar em risco a própria integridade do Direito do Consumidor em razão de uma suposta incapacidade de normatização das novas relações jurídicas, que ocorrem em ambiente virtual, e de um eventual processo de desdiferenciação. Como estratégia de resposta a essas ameaças, identificou-se, de um lado, um novo sentido para o conceito de segurança, expresso no Código de Defesa do Consumidor e a necessidade de redução da incerteza pela produção regulatória das Agências Reguladoras. De outro, verificou-se a necessidade de promover a reentrada de qualquer comunicação externa, como análises econômicas e constatações científicas, de volta no sistema do Direito, através de compelimentos próprios desse processo.

## O DESAFIO DA AUTOPOIESE

Em seu percurso evolutivo, o Direito do Consumidor, na esteira de todo e qualquer sistema ou microsistema social, enfrenta recorrentemente o desafio de adaptação aos constantes influxos do seu entorno, de forma a continuar sua constante autopoiese comunicativa. Caso deixe de considerar os perigos que surgem com a modernidade, abstendo-se de manter um ritmo de compasso com a realidade social que o circunda, este ramo do Direito sofre dois tipos de ameaças, uma voltada ao seu processo de diferenciação e a outra à sua capacidade de reação, ambas capazes de colocar em xeque sua própria existência, exigindo preocupação daqueles que pelo hipossuficiente ainda verifiquem alguma sensibilidade.

De um lado, o advento de uma série de novas tecnologias digitais potencializou enormemente o volume de comunicações sociais em um momento em que não havia redundância de respostas suficiente no âmbito do Direito para gerar um mínimo de consistência nas decisões jurídicas respectivas. A incapacidade de aplicação de conceitos e institutos básicos do Código de Defesa do Consumidor a diversas das novas relações jurídicas sem um mínimo de esforço criativo-hermenêutico provocavam reflexões sobre a própria capacidade de a normativa consumerista vigente ser capaz de produzir respostas adequadas à realidade moderna.

Por sua vez, a inexistência de estruturas jurídicas sólidas capazes de lidar a evolução tecnológica acabou gerando uma grande abertura cognitiva do Direito e seus microsistemas, impactados pela exigência de decidir uma série de conflitos que passavam a ocorrer em estruturas sociais virtualizadas.

Essa abertura acabou dando ensejo a que a comunicação jurídica fosse suplantada, em inúmeras situações por observações realizadas no âmbito da ciência ou da economia, onde as discussões versavam, por exemplo, sobre se determinada prática social era tecnologicamente possível ou economicamente viável. Ao abdicar de diferenciar suas próprias comunicações de conclusões econômicas ou científicas, deixa o Direito, notadamente o Direito do Consumidor, de traçar qualquer fronteira significativa com outras comunicações sociais, produzindo, aos poucos, seu desaparecimento, afinal, o que não se pode diferenciar, não pode ser observado (SPENCER BROWN, 1972, p.1).

No presente trabalho, não buscaremos enfrentar todas as ameaças que o novo mundo digital pode trazer à proteção do consumidor nem aponta-las de forma casuística, pois tal esforço, para além de se limitar a estabelecer vínculos com o futuro, o que notadamente ocorre na seara de uma mera probabilidade, não geraria qualquer benefício teórico aproveitável aos estudiosos do tema. O que se pretende fazer é indicar, através de uma análise dos seus mecanismos operativos, como os influxos das novas tecnologias são observados pelo Direito do Consumidor, notadamente pelo prisma de uma noção que é fundamental: a da segurança.

## RISCO, PERIGO E SEGURANÇA

A discussão sobre o risco tecnológico faz parte de uma contínua tentativa de orientar-se pelo futuro, através do desvelamento do hipotético, de eventualidades e contingências, com a inerente indagação sobre seu manejo e controle, não obstante qualquer estratégia para esse gerenciamento já seja por si só geradora de novos riscos (MARTÍNEZ GARCÍA, 2012, p. 323-324).

Elaborar um conceito único de risco ou mesmo compreendê-lo de maneira universal tem sido um dos maiores desafios de diversos ramos do conhecimento, especialmente em áreas relacionadas à sociologia, à psicologia, à filosofia e à economia, apesar de alguns temas se apresentarem recorrentes nas comunicações sobre risco, como o impacto sobre as relações sociais provocado pelas consequências de uma determinada escolha, em seus mais variados âmbitos funcionais, e a probabilidade de ocorrência efetiva desses resultados, o que remete à própria incerteza inerente ao processo de decisão.

Toda a concepção do risco, aqui atrelada aos impactos das novas tecnologias nas relações de consumo, poderia indicar se tratar de um fenômeno moderno, que se apresentaria alinhado a uma expansão capitalista de distribuição desigual de riquezas estruturada a partir de um processo recente de incremento industrial (BECK, 1998, p 45-54). Entretanto, a comunicação social sobre o risco é bem mais antiga do que se poderia inicialmente imaginar. O próprio termo risco, segundo SERRANO MORENO (2012, p. 357), teria provindo do árabe *rizq*, e sua versão neolatina já havia sido mencionada em um contrato societário fechado em 1295, em Cagliari, na Sardenha, não obstante sua maior difusão tenha ocorrido a partir do século XVI. Sobre sua mais larga utilização no século XVI, LUHMANN (2006, p. 54) afirma que essa expansão teria uma forte conexão com o advento da imprensa, quando se passou a designar como tal danos imprevistos também em outros âmbitos da comunicação social.

Por sua vez, a dicotomia entre risco e segurança, repetida em diversos modelos sobre gerenciamento de risco, se trata apenas de um esquema de observação, dentre vários outros possíveis para o tratamento de situações de incerteza quanto ao futuro (2006, p.72-73). E exatamente por se tratar de um modo de observar é que essa observação também possui seus pontos cegos e, portanto, é incapaz de indicar, na mesma operação se essa observação também seria ou não arriscada.

Entretanto, diante das inúmeras limitações dos sistemas sociais para perceber acontecimentos de seu entorno, reconstruí-los internamente e gerar respostas, não se pode falar modernamente de segurança senão como um conceito de reflexão, sem o qual não seria possível pensar o próprio risco (MARTINEZ GARCIA, 2012, p. 325), o que já gera um primeiro problema para o Direito do Consumidor, visto que a segurança consubstancia-se não apenas em eixo fundamental da Política Nacional de Defesa do Consumidor, como também em direito básico deste, consoante previsto nos artigos 4º e 6º da Lei 8.078/90. Mesmo não se utilizando do instrumental teórico fornecido pela teoria dos sistemas autopoieticos, alguns autores, como RENN, ratificam a ausência de uma situação objetiva de segurança, afirmando que riscos nada mais seriam do que construções mentais, pois dependem da forma como o ser humano lida com a experiência, razão pela qual podem ser notados como perigos para alguns, mas também como oportunidades para outros, dependendo sempre do grau de validade e poder de convencimento da explicação sobre a previsibilidade de uma relação causa-efeito (RENN, 2008, 2910/2911).

Note-se que o argumento muitas vezes utilizado para a defesa de análises meramente técnicas sobre o risco, segundo o qual seria possível alcançar maior grau de segurança a partir de uma maior investigação sobre a situação atual e as alternativas existentes não se sustenta, sobrevalorizando a capacidade da sociedade de tomar decisões, já que para ampliar o nível de conhecimento sobre determinada situação fática há a necessidade de se problematizar concepções inicialmente inquestionáveis e, com isso, desvelar aspectos do problema ainda não conhecidos. Quanto mais complexa a análise e mais variáveis são descobertas, maior se torna a incerteza sobre suas implicações futuras.

Aliás, se o futuro está repleto de acontecimentos imprevistos, a seleção de uma alternativa aparentemente segura no presente poderá implicar na assunção do risco de se perderem oportunidades nos futuros-presentes. Assim, em qualquer tomada de decisões sobre o futuro, a incerteza será uma característica sempre presente, fazendo com que a decisão oscile entre distintos riscos e não entre riscos e segurança.

A consideração do risco enquanto um modo de observar eventos incertos, em oposição às concepções realistas do risco, é comumente demonstrada pela experiência das próprias análises de risco. Enquanto alguns observadores expressam uma fascinação por eventos muito improváveis, mas de cunho catastrófico, outros tendem a descartar todos aqueles eventos que se apresentam de forma muito provável ou muito improvável, ainda que de possível ocorrência (LUHMANN, 2006, p. 39).

Se o risco se apresenta como uma forma de observar eventos futuros no meio das probabilidades, a segurança não pode ser um dos critérios de distinção, mas apenas uma ficção que permite pensar no risco enquanto uma unidade. Se qualquer das escolhas que se apresentam em um processo de decisão, portanto, são igualmente arriscadas, seja na probabilidade de se provocar algum dano a si próprio ou a terceiros, seja pela probabilidade de se perder alguma oportunidade de benefício ou vantagem, a indagação que se deve fazer é sobre qual esquema de observação seria utilizado para o tratamento do risco. LUHMANN (2006, p. 67) propõe a utilização do esquema binário risco-perigo para o tratamento de questões relacionadas a incerteza sobre eventos futuros. Se o dano vislumbrado no futuro-presente se dá em decorrência de uma decisão, estar-se-ia falando de risco. Por sua vez, se não é possível relacionar eventual dano a alguma decisão tomada pelo sistema, mas a algum acontecimento do entorno, não se pode falar de risco, mas de perigo. Nesse contexto, é possível dizer que perigo seria todo mal que pode ocorrer independentemente

das decisões que se tome, enquanto risco seria tudo aquilo que pode sair mal em decorrência de uma decisão.

Aqui cabe fazer um paralelo entre ambas as distinções, aproveitando-se da visão de BECK (1998, p. 35-36) sobre a utilização da racionalidade científica como mecanismo de obtenção de consenso no momento de tomada de decisões. Não obstante a limitação dos modelos tecnicistas de gerenciamento de riscos, a dicotomia risco-segurança, aliada

ao suporte argumentativo das soluções “cientificamente comprovadas”, geraria um sentimento de conforto que auxiliaria a viabilizar, segundo BECK, a tomada de decisão coletiva em favor da atividade arriscada. O risco seria, sob essa perspectiva, nas palavras de DE GIORGI (2006, 56-57), “um tipo de realidade da ameaça ou um tipo de ameaça da realidade conservada silenciosamente”, ameaça essa que se inexistisse, permitiria a subsistência regular da ordem.

Com a crise das respostas jurídicas aos novos problemas gerados pelo impacto das novas tecnologias digitais às relações de consumo, a incerteza passa a integrar mais fortemente as comunicações sobre o risco, gerando o abandono da alternativa segurança e a conseqüente sensação de que o eixo de sustentação das bases jurídicas de proteção ao consumidor deixaria de existir. Com isso, passaria a ser possível supor que o Direito do Consumidor seria ineficiente para regular os novos problemas gerados com a transformação digital da sociedade.

Resta, portanto, necessário transformar o conceito de segurança trazido no Código de Defesa do Consumidor, de algo concreto e exigível para uma estratégia reflexiva voltada a reduzir a incerteza nas relações de consumo. Para cumprir essa função apresenta-se a alternativa da absorção da insegurança, traduzida na percepção sobre as probabilidades de danos ao consumidor, em uma

noção de controle, ainda que eventual dano a ser evitado, por ser evento futuro e incerto, seja algo contingente.

Nesse contexto, a adoção de medidas de precaução acaba por influir na disposição das pessoas ao risco, já que estas estariam mais dispostas a participar de processos com futuros incertos quando existem estratégias voltadas ao gerenciamento ou mitigação de eventuais danos. O que ocorre, em realidade é, de um lado, a observação de eventos futuros danosos sob o esquema risco/perigo e, de outro, a ativação de uma nova dinâmica social que, ao invés de transformar riscos em segurança, passa a transformar perigos em riscos, permitindo, por exemplo, transferi-los, fazê-los repercutir em outros locais ou distribuí-los.

DE GIORGI (2006, p. 58) ilustra com precisão a questão ao exemplificar a decisão de adotar sistemas de segurança constituídos por máquinas multiplicariam os riscos de controle daqueles que as controlam. Da mesma forma, a decisão de ampliar a segurança pública mediante a permissão para que todos os cidadãos portem armas tornaria indubitavelmente menos segura a cidade. O autor observa ainda que a introdução do seguro-obrigatório para os automóveis teria aumentado, de modo incontável, o risco de acidentes nas estradas.

A distinção acaba se traduzindo, assim, não pela completa eliminação da insegurança, mas pela adoção de estratégias para manejo do risco (MARTÍNEZ GARCIA, 2017, 331- 332). Trata-se de transformar uma complexidade não estruturada em uma complexidade estruturada, uma vez que tais fatos deixam de ser imprevisíveis, surgindo expectativas para o caso de sua realização, ainda que, ao longo do tempo, tais expectativas possam se ver frustradas por novos imprevistos.

É interessante notar nessa dinâmica como a sociedade passa a lidar com a incerteza quando vai distinguir riscos de perigos. No movimento de desenvolver suas sensibilidades em face de acontecimentos do entorno, a sociedade continuamente executa uma transformação de riscos em perigos. Obviamente, em razão de o entorno ser mais complexo que o sistema – circunstância necessária à existência deste – não é possível transformar todas as possibilidades do entorno, ainda que fossem passíveis de ser apreendidas internamente, em possibilidades do sistema, razão pela qual, nessa seleção diversos perigos passam a ser considerados riscos, enquanto outros mantêm-se na condição de perigos.

Daí a razão pela qual se verifica uma enorme relevância das instituições que possuem a função de produção de regulações técnicas dos mercados de consumo. Diante da necessidade de uma recorrente transformação de perigos em riscos através da identificação de medidas de precaução, as Agências Reguladoras acabam se tornando importante polo de sustentação das noções – agora reflexivas – de segurança nos diplomas legais de proteção das relações de consumo.

Tais instituições passam a ter um papel duplice no novo modelo social: o de identificar continuamente novos perigos, convertendo-os em consequências de uma decisão que deixou de ser tomada a consolidando essa percepção através de seu arcabouço regulatório. Passa a ser através da produção de normativos técnicos que se reduzirá a noção da incerteza inerente a qualquer olhar para o futuro, gerando segurança à consecução das relações de consumo no âmbito digital e, ao mesmo tempo, conferindo sustentáculo às respostas jurídicas aos novos conflitos surgidos na sociedade moderna.

#### ABERTURA, DIFERENCIAÇÃO E REENTRADA

Como já aventado inicialmente, essa contínua produção normativa de abertura cognitiva e de adaptação aos novos acontecimentos sociais, pautados em relações de consumo que se operam, na maioria das vezes, em meio digital, importa em uma segunda ameaça à integridade do Direito do Consumidor, o risco de sua desdiferenciação.

Vale trazer aqui a concepção apresentada por SPENCER BROWN (1972, p. 1) que estabelece a tarefa de distinguir, traçar fronteiras e indicar como inerentes à existência de qualquer forma. O estabelecimento de um lado da forma, por sua vez, ao traçar fronteiras com um outro lado, acaba por pressupô-lo, em sua própria definição, seja através de um espaço não definido ou mesmo através de “forma do outro lado”, caso em que a forma que se indica também se caracteriza como uma superforma (LUHMANN, 2006a, p.42). Por sua vez, qualquer operação só se perfaz no lado interno da forma, razão pela qual eventual distinção pressupõe um terceiro excluído (observador), que a realiza enquanto operação própria de um determinado sistema.

A intenção, portanto, de identificar a sociedade enquanto um sistema pressupõe, por sua vez, a existência de um outro lado dessa forma, ao qual se denomina entorno. Não se trata, contudo de uma forma residual ou acidental, nem mesmo um mero repositório de energia ou recursos para o funcionamento do sistema. Somente a partir da noção de entorno é que se viabiliza a identidade do sistema, pois qualquer de suas operações só se realiza enquanto uma distinção sistema/entorno.

A distinção entre sistema e entorno, por sua vez, se realiza em qualquer nível de ramificação de análise, o que permite falar-se em

sistema da Ciência, sistema da Economia, sistema do Direito, entre outros, caso em que, para cada uma dessas descrições, pressupor-se-á a existência de um entorno. Com efeito, o sistema do Direito pressupõe um entorno em que se inserem as operações econômicas e as operações científicas, por exemplo, enquanto as comunicações jurídicas, por sua vez, comporiam o entorno dos demais sistemas. Assim, não se pode identificar qualquer elemento ontológico na composição das formas sistema ou entorno, já que tudo que acontece em determinado sistema acontece simultaneamente no entorno dos demais sistemas, quando mais são do que formas que continuamente se distinguem desse entorno dinâmico.

Ocorre que, como já se afirmou, toda a estratégia de redução da incerteza através de uma abertura cognitiva e produção normativa feita por meio das denominadas Agências Reguladoras exige a consideração de uma série de observações de comunicações de sistemas alheios ao sistema do Direito, como a Ciência e a Economia. É nesse contexto de abertura, objetivando atacar essa complexidade não estruturada do entorno, que os problemas da modernidade, notadamente aqueles que envolvem o advento de novas tecnologias, são abraçados por teorias de análise econômica, verificações consequencialistas ou, mesmo, conclusões sobre obstáculos científicos à aplicação de normas jurídicas, como a necessidade de grande esforço de desenvolvimento para adequação de um determinado software aos ditames legais.

A adoção de tais comunicações como medidas de contingenciamento dos novos conflitos de consumo sem que antes essas comunicações retornem ao sistema do Direito por meio de suas próprias observações, entretanto, pode se constituir em uma grande ameaça à própria manutenção do Direito do Consumidor na modernidade, visto que quando inseridas tais análises de forma pura e simples em documentos denominados jurídicos, não se poderá perceber qualquer fronteira de diferenciação entre a comunicação do Direito e a de outros sistemas sociais.

Para contornar a ameaça da desdiferenciação do Direito do Consumidor, essa abertura cognitiva deverá estar sempre bastante limitada por seus próprios mecanismos operativos.

Em primeiro lugar, o ato de transcendência realizado pelo Direito, como sabido, é pautado basicamente por uma auto-observação que o exige diferenciar-se do entorno e, assim, acaba representando a si e o entorno para realizar essa distinção. Esse processo, como visto, é extremamente influenciado pelos influxos trazidos pelos conflitos que são levados aos mecanismos de solução estruturados e pelos regimes de produção regulatória institucionalizados. O problema é que além de essa observação se realizar sob o esquema binário limitado próprio da função que desempenha, que o impede de identificar uma série de matizes desses influxos, a programação condicional do sistema jurídico o estimula a observar qualquer problemática consumerista apenas quando ocorre o evento lesivo, quando não consegue enlaçar a nova questão surgida com suas operações regulares. Ocorre que, apesar de a necessidade de reduzir a incerteza gerada pela transformação digital das relações de consumo continuamente fomentar uma atuação cada vez mais antecipada do sistema, essa representação do entorno é sempre realizada segundo limitações próprias do Direito, sob pena de não se conseguir unir a nova comunicação com as operações antecedentes.

Ao observar as perturbações advindas do entorno, quando passa a diferenciar a comunicação jurídica daquela que lhe é estranha, o sistema não realiza observações sob qualquer outro padrão de distinção senão segundo seu próprio código. Desta forma, ao observar acontecimentos do entorno e inseri-los na construção de uma conexão com as operações jurídicas anteriores, na busca de um desenvolvimento sustentável, acaba bastante limitado pela binariedade de seu mecanismo de diferenciação e por seus próprios programas.

Esse estrito caminho de transformação que permite que elementos do entorno sejam reconstruídos no âmbito do Direito leva TEUBNER (2011, p. 44-47) a identificar três compêlimentos fundamentais que o sistema realiza para a criação dessa conexão com suas operações próprias e para manter o círculo recursivo de sua auto-poiese: o compêlimento à fundamentação, o compêlimento à decisão e o compêlimento à normatização.

O primeiro compêlimento ocorre ainda no momento da cognição desses influxos externos, quando se realiza o processo da sua reentrada, pois como se viu, somente repercutirá no interior do sistema do Direito aquilo que pode ser, de alguma forma inserido em uma comunicação jurídica. Portanto, quando se recria o entorno no interior do sistema, todos os seus elementos que podem ser traduzidos em linguagem jurídica ou que produzam algum tipo de repercussão na comunicação jurídica são reconstruídos na forma de fundamentos racionais, argumentos técnico-jurídicos, dogmática jurídica, princípios gerais etc. Nesse processo, deixa-se de lado tudo aquilo que não pode ser reconstruído sob a forma de uma comunicação jurídica, como a análise econômica pura e simples. Esse compêlimento à fundamentação é essencial para que se permita realizar a conexão desses novos influxos com operações internas do sistema, viabilizando a continuidade da comunicação jurídica. Como se pode perceber, o direito somente se permite observar aquilo que é capaz de ser transformado em comunicação jurídica. Assim, quando se verifica algum influxo nesses termos, o transforma para algo que o Direito pode conceber.

O segundo compêlimento se apresenta no momento da construção do enlace que permitirá retomar o curso das operações jurídicas, isto é, no momento de solucionar o conflito de consumo. Trata-se aqui de uma característica muito inerente ao modelo de solução de conflitos pelo método jurisdicional típico, empregando mecanismos adjudicatórios. Tais mecanismos, como vistos, trabalham sob uma fórmula binária de solução de controvérsias, onde uma das

partes sai vencedora e a outra perdedora, onde alguém é culpado e alguém é inocente. Assim, as possibilidades através das quais será possível construir essa conexão estarão altamente limitadas pela binariedade do código— conforme/não-conforme ao Direito — e sua regulação por meio dos programas existentes, como os que impõem ao juiz, mediante alguns condicionamentos, prestar jurisdição em todos os casos que lhe sejam apresentados.

Desta forma, os influxos externos trazidos ao Direito a partir de determinado conflito não podem ser reconstruídos internamente, ainda que sob a forma de comunicação jurídica, se colocarem em risco à capacidade do sistema de construir uma conexão com alguma das alternativas que se apresentam para decisão. Resta necessário que o processo de reentrada apresente as alternativas de forma que possam gerar uma decisão jurídica.

Por sua vez, as normas técnicas que são observadas e reconstruídas internamente pelo sistema, ao mesmo tempo em que são revisadas à luz do instrumental jurídico, situando-as como expressões de princípios, analogias, formas de interpretação etc., geram, a partir dessa reconstrução, critérios para a solução da própria controvérsia que chega aos tribunais.

Finalmente, essa reentrada no sistema do Direito demanda um terceiro compelimento para resolução de conflitos de consumo modernos. Diferentemente do que seria possível a um soberano absolutista ou um oráculo obscuro, esse processo não pode gerar qualquer decisão jurídica para o conflito. O compelimento à normatização se consubstancia na necessidade de se criar uma norma capaz de definir o caso concreto e eventuais casos semelhantes que se apresentem futuramente. Essa limitação é a que vai permitir a generalização de novas expectativas normativas que, por sua vez, configurarão novas incongruências em relação a influxos externos apresentados nos futuros-presentes, disparando novamente esse processo de transcendência.

## CONCLUSÃO – A SALVAGUARDA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Diante das ameaças verificadas a partir de constatação de que inúmeras relações de consumo migraram para o ambiente virtual, gerando forte incerteza sobre a capacidade das normas de proteção ao consumidor atuarem frente aos novos conflitos surgidos, é possível identificar pelo menos dois caminhos para a salvaguarda do Direito do Consumidor diante do intenso processo de transformação digital da sociedade moderna.

Em primeiro lugar, os perigos das novas tecnologias precisam, de forma recursiva, ser transformados em riscos, através de um processo de contínua identificação de medidas de precaução para a operação do direito do consumidor nos novos ambientes digitais. Com isso se mantém uma sensação de integridade do microsistema de defesa do consumidor e impulsiona uma intensa produção técnico-normativa, razão pela qual se desvela uma importância nodal do papel das Agências Reguladoras nessa engrenagem.

Em segundo lugar, apesar da intensa necessidade de uma abertura cognitiva para a compreensão e entendimento de medidas técnicas de precaução, é preciso que esses influxos cognitivos retornem ao sistema, sob pena de desaparecimento do Direito do Consumidor como aparato adjudicatório de resolução de conflitos no âmbito digital.

Para isso, qualquer comunicação gerada em outro sistema, como o econômico ou científico, somente pode ser observada e integrar a operação jurídica a partir do momento em que é compelida nas três dimensões de Teubner. Portanto, a verificação pura e simples

de consequências econômicas não desejadas somente poderá integrar operações e decisões jurídicas ao passar por esse processo de construção, ainda que seu percurso de reentrada no sistema do Direito produza nesse influxo externo novos objetivos e preocupações, distintos daquela verificação inicial.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo* Barcelona: Paidós, 1998.

DE GIORGI, Raffaele, *Temi di Filosofia del Diritto*, Lecce: Pensa Multimedia, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication* Trad. John Bednarz. Cambridge: University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. 1. ed. México D.F.: Herder, 2006a. LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. 1. ed. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 2006.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann” em *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

RENN, Ortwin. *Precaution and Ecological Risk In* JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Org.). *Encyclopedia of Ecolo gy*. V.4. Oxford: Elsevier. 2008

SERRANO MORENO, José Luis. “La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad” em *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012. SPENCER BROWN, George, *Laws of form*, New York: The Julian Press, 1972.

SUNSTEIN, CASS. R. *Behaviorial Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press. 2000.

TEUBNER, Gunther. “Alienating Justice: on the surplus value of the twelfth camel” en

*Consequences of Legal Autopoiesis*. Dartmouth: Aldershot, 2001.

TEUBNER, Gunther. “Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?” em *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, n. 4, 2011.

## DA DESNECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA O INGRESSO EM JUÍZO DE DEMANDAS QUE ENVOLVAM RELAÇÃO DE CONSUMO

Arthur Cunha da Costa Lima

Advogado. Especialista em Direito do Consumidor pela UERJ. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Professor Adjunto da UFF, *e-mail* [arthurcunhacostalima@id.uff.br](mailto:arthurcunhacostalima@id.uff.br).

Plínio Lacerda Martins

Doutor em Direito pela UFF e Professor Associado da UFF, *e-mail* [pliniolacerda@id.uff.br](mailto:pliniolacerda@id.uff.br).

### RESUMO

Embora o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (CF) afirme que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ultimamente um número razoável de decisões têm indeferido petições iniciais originadas de relação de consumo porque não houve o prévio exaurimento da via administrativa, comprometendo o próprio acesso à Justiça. Nesse sentido, o presente estudo busca refletir acerca do tema, demonstrando a desnecessidade do prévio esgotamento em sede extrajudicial pela parte que pretende ingressar em juízo.

Palavras-chave: Poder Judiciário – Lesão ou ameaça a direito – Acesso à Justiça

## Introdução

Muitos fornecedores, quando demandados, apresentam na peça de bloqueio a tese acerca da prévia necessidade de a parte autora buscar solução administrativa/extrajudicial antes do ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário.

Afirmam que o consumidor, diante de um problema (*lato sensu*) que pode ser originado de um produto comercializado pelo fornecedor que torne inviável o seu consumo ou decorrente de má prestação de serviço, caracterizando uma lesão, somente deverá ingressar em juízo quando tiver esgotado o meio administrativo, que se constitui na utilização dos canais colocados à disposição pela própria empresa (ligações, gratuitas ou não, obtendo com isso um protocolo, ou *e-mail*, mais conhecidos) ou plataformas conhecidas como, por exemplo, “plataforma consumidor.gov.br.”, que é um projeto de unificação dos canais digitais do governo federal.

Nos limites da análise do trabalho a pesquisa se aterá apenas ao comprometimento do acesso à justiça a exigência do prévio exaurimento da via administrativa em sede de direito individual. Outrossim, não haverá análise ao direito à tutela jurisdicional em caso de “ameaça a direito”.

## Metodologia

Recorremos a análise da legislação pertinente ao tema, bem como a investigação bibliográfica e de decisões tribunalícias que tratam da desnecessidade do exaurimento da via administrativa para ajuizamento das demandas que envolvam relação de consumo.

## Desenvolvimento

### A condição de admissibilidade

Ultimamente petições iniciais em curso perante a Juízos de Direito e Juizados Especiais Cíveis que derivam de relação de consumo e onde é postulado, por exemplo, a condenação de uma pessoa jurídica (fornecedora) ao pagamento de dano moral em razão de o nome do autor ter sido negativado equivocadamente em sede de cadastro restritivo de crédito foi instituído uma espécie de *condição de admissibilidade* que historicamente se origina da linha de defesa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que ao contestar as ações previdenciárias que lhe eram propostas a suscitava, desde à época do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR).

Entretanto, a autarquia federal nunca logrou êxito, tanto que foi editada a Súmula 213 daquela Corte, repelindo a pretensão (*O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária*). Esse entendimento perdura até hoje no Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a edição, em 1993, da Súmula 89 (*A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa*), reproduzida em seus julgados<sup>85</sup>.

A compreensão da *condição de admissibilidade* em juízo não se compadece com a dimensão constitucional da natureza abstrata do

<sup>85</sup> AgRg no Agravo em REsp 139.094/PR, 2ª T., rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 03/05/2012, DJe: 08/05/2012

direito de ação que há de se impor sobre qualquer mecanismo que embarace a atuação do poder jurisdicional.

#### Direito fundamental à tutela adequada e efetiva

Desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º) que está previsto o dispositivo que assegura o acesso ao Poder Judiciário, situação mantida pela Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e pela de 1988, no art. 5º, inciso XXXV, que dispõe que a lei não deve excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O dispositivo indica que a lei ordinária não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário as próprias leis ou outros atos judiciais; a defesa dos direitos ou sua ameaça; a apreciação judicial dos direitos que se baseiem em leis ordinárias; e a apreciação judicial de direitos individuais e coletivos (COSTA, 2012, p. 31).

Na verdade, a atual redação melhorou a anterior, em que apenas a lesão a direitos individuais permitia solução pelo Poder Judiciário,<sup>86</sup> o que se constituía em uma deficiência na tutela jurídica, pois a prestação jurisdicional pode chegar quando não mais o bem existir (AGRA, 2002, p. 183). Hoje, portanto, também está assegurado a ameaça de lesão a direitos.

Desse modo, o Poder Judiciário pode ser instado a decidir questões preventivas, desde que haja a configuração de uma probabilidade concreta de ocorrer uma agressão descabendo,

<sup>86</sup> O art. 153, § 4º, da Carta de 1967/1969 dizia que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

portanto, amparo judicial às condicionantes hipotéticas, que se situam em meras alegações infundadas e inconsistentes, como a busca a proteção judicial a respeito de algo apenas porque em algum momento o Estado causará um dano a um direito do cidadão (AGRA, 2002, p. 183).

A questão que se coloca é que a Constituição Federal (CF) ao introduzir esse dispositivo legal no texto trouxe a obrigatoriedade de o Estado Constitucional prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva em âmbito processual e material constituindo-se um direito à proteção jurídica efetiva.

Com efeito, “A noção de efetividade do processo tem como premissa básica a concepção de que o Poder Judiciário tem como missão possibilitar aos demandantes uma adequada, tempestiva e eficiente solução de controvérsias, incluindo-se a devida realização do direito material tutelado em favor do seu titular” (NETO, 2019).

E o direito à obtenção da tutela jurisdicional adequada e efetiva é exercido mediante a propositura de ação lastreado em processo justo.

#### Âmbito de proteção

O processo justo está atrelado ao direito à tutela jurisdicional que deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas (i) do *acesso à justiça*; (ii) da *adequação da tutela*; e (iii) da *efetividade* da tutela (SARLET *et al.*, 2012, p. 628).

Em razão dos limites desse trabalho os estudos estarão voltados apenas para o acesso à justiça.

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial. (NERY, 2016, p. 213)

O acesso à justiça diz respeito à amplitude da prestação da tutela jurisdicional, ao momento em que pode ser proposta a ação e ao custo financeiro do processo (SARLET et al., 2012, p. 628).

Praticamente toda a doutrina repudia a chamada *jurisdição condicionada* que considera que a ação (individual, relembremos) visando à tutela jurisdicional não está condicionada à prévia instância administrativa e nem, com muito mais razão, ao seu prévio esgotamento<sup>87</sup>.

Em sentido contrário, ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco e JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira em artigo de autoria coletiva propõem a necessidade da releitura do princípio do acesso à Justiça, com a imposição de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Nesse sentido: AGRA, 2002, p. 183; COSTA, 2012, pp. 31-32; SARLET et al., 2012, p. 629; MORAES, 2002, p. 103; FERNANDES, 2010, pp. 331-332; JUNIOR, 2016, p. 216; JUNIOR e NERY, 2012, p. 224; GÓES e MELLO, 2018, p. 594 e FILHO, 2004, pp. 423-426 (para quem o acesso à jurisdição não pode ser obstaculizado pelo valor elevado das custas judiciais).

<sup>88</sup> Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br (Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica--a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidor-gov-br> Publicado em 17/06/2019 Acesso em 29/11/2022)

Afirmam que essa condição seria legítima para o acesso à Justiça, *in verbis*:

Esta questão, que durante longos anos foi respondida no Brasil de modo negativo, tem ganhado novos contornos a partir de diversos precedentes de Tribunais Superiores, em releitura das condições para o exercício do direito de ação, especialmente do interesse processual (interesse de agir).

De fato, visto o interesse processual ser o juízo de necessidade/adequação, não parece fazer sentido se afirmar "necessário" o pronunciamento judicial sem que o interessado tenha, antes, manifestado ao adversário sua pretensão. Antes do conhecimento de tal pretensão sequer poderia se pensar em resistência ao pedido.

Além disso, não se pode ignorar o estímulo que o CPC confere aos meios extrajudiciais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º).

Desse modo, é necessária a releitura do princípio do acesso à justiça, de maneira que - dentro de certos parâmetros e desde que isso seja possível sem maiores dificuldades - não viola o art. 5º, XXXV, da CF e o art. 3º, *caput*, do CPC a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações perante o Judiciário.

É possível verificar a evolução da jurisprudência nesse sentido, deixando de lado uma visão de que sempre, em qualquer situação e sem qualquer critério, seria possível ajuizar uma medida judicial.

Ao citarem a jurisprudência para justificar a proposta apresentaram alguns julgados que excepcionam, realmente, a regra constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação) *ex vi* do art. 5º, XXXV desconstruindo, na verdade, o alcance da norma fundamental.

Todos os precedentes citados são conhecidos e não caracterizam a tal evolução, constituindo-se, na verdade, as exceções há muito positivadas, tanto na doutrina como na própria jurisprudência.

A começar pela própria CF, que, em um único caso, difere da tutela jurisdicional tratando-se da Justiça Desportiva, uma vez que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (art. 217, § 1º)<sup>89</sup>.

Com relação a arbitragem os particulares não estão impedidos de valerem-se voluntariamente da solução arbitral para a composição dos conflitos. O que a CF veda é a interdição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado (SARLET et al., 2012, p. 629). Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (STF), proclamou a constitucionalidade da Lei 9.307, de 23/09/1996, que instituiu a arbitragem, possibilitando às pessoas capazes valerem-se da

<sup>89</sup> O *habeas data*, instrumento processual previsto no art. 5º, LXXII, “a”, da CF, regulamentado pela Lei 9.507/1997, que tem como finalidade garantir que a pessoa física ou jurídica tenha acesso ou promova a retificação de suas informações, que estejam registradas em banco de dados de órgão públicos ou instituições similares exige do interessado a comprovação de que houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa: STF, AgRg no HD 87/DF, Pleno, rel. Min<sup>a</sup>. CÁRMEN LÚCIA, DJe: 05/02/2010; Súmula 2, do STJ.

mesma para solucionar litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º)<sup>90</sup>.

Em relação a causas previdenciárias, foi mencionado no artigo o importante julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631.240 pelo STF, com repercussão geral reconhecida. Falaremos a respeito do mesmo mais adiante.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial (REsp) 1.349.453/MS, representativo de controvérsia (art. 543, do Código de Processo Civil de 1973), que tratava do interesse dos correntistas obterem extratos bancários dos bancos, através de ação cautelar de exibição de documentos, para servirem mais tarde, à propositura de ações (principal) visando a obtenção da diferença de expurgos inflacionários em caderneta de poupança decidiu que a demanda era cabível como medida preparatória, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> STF, Pleno, AgRg na SE 5.206/EP, j. 12/12/2001, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 30/04/2004, p. 29. (SARLET et al., 2012, p. 629)

<sup>91</sup> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido. (STJ, 2ª Seção,

Ao contrário do que sustentam ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco e JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira, em artigo de autoria coletiva, da leitura do voto do relator, a extensão da necessidade do prévio requerimento foi em razão da modalidade da demanda ser de massa e pela ocorrência de abusos no ajuizamento indiscriminado de cautelares de exibição de documentos.

E com o voto-vista da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI foi possível obter, em definitivo, a compreensão de que para se exigir do autor/correntista a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, pelo menos, com indícios mínimos capazes de comprovar a própria existência da contratação da conta poupança, deveria o correntista, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretendia ver exibidos os extratos, tendo em conta que incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 373, I, do Código de Processo Civil em vigor).

Disse a Ministra, em seu voto-vista, que era necessário “delimitar precisamente as condições da ação preparatória de exibição de documentos, a fim de evitar, de um lado, o fomento da “indústria” de processos bancários, e, de outro, propiciar o seu uso adequado para o escopo processual ao qual se destina, ou seja, ensejar a obtenção de documentos comuns, necessários para a avaliação acerca de eventual exercício posterior de direito, cujo detentor não se disponha a fornecê-los amigavelmente.”

Em continuação ao seu voto-vista, a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI transcreveu parte do RE 631.240 julgado pelo Plenário do STF sob a égide de repercussão geral, que tomou o Tema 850, apresentando as premissas sob a necessidade de prévio

---

REsp 1.349.453/MS, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 10/12/2014, DJe: 02/02/2015) (Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br))

requerimento extrajudicial à instituição financeira para exibir os documentos a fim de que se caracterize, ou não, o interesse de agir estabelecendo, mencionando, ainda, importante distinção entre “prévio requerimento” e “exaurimento das vias administrativas” ocorrida no recurso extraordinário,

Para evitar qualquer desvirtuamento da evolução jurisprudencial, e as distorções que dele possam advir no âmbito das ações previdenciárias, se faz necessário transcrever alguns detalhes do voto do relator, o Ministro LUIZ ROBERTO BAROSSO, do qual se extrai:

1. Discute-se neste recurso a constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para propositura de ações judiciais previdenciárias, à luz das cláusulas da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição. Tal exigência é comumente formulada a título de comprovação do interesse em agir, condição da ação que se refere à necessidade da prestação jurisdicional.

2. O tema pode ser inserido numa discussão mais ampla, atinente à constitucionalidade das condições da ação. Em outros termos: a exigência de alguns requisitos para o regular exercício do direito de ação é compatível com a garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário?  
(...).

## II. INTERESSE EM AGIR: BREVE CONCEITUAÇÃO E JUSTIFICATIVA

6. Como se sabe, o interesse em agir, ou interesse processual, é uma condição da ação com previsão legal expressa (CPC, arts. 3º; 4º; 267, VI; 295, III), que possui três aspectos: utilidade, adequação e

necessidade. Sem a pretensão de examinar todas as nuances teóricas que envolvem o tema, exaustivamente explorado pela doutrina, sintetizo abaixo o entendimento corrente, apenas para maior clareza da exposição.

7. A utilidade significa que o processo deve trazer proveito para o autor, isto é, deve representar um incremento em sua esfera jurídica. Assim, por exemplo, diz-se que não tem interesse em recorrer a parte que obteve provimento totalmente favorável. Em tal hipótese, eventual recurso não será conhecido, ou seja, não terá o mérito apreciado.

8. A adequação, por sua vez, traduz a correspondência entre o meio processual escolhido pelo demandante e a tutela jurisdicional pretendida. Caso não observada a idoneidade do meio para atingir o fim, não pode haver pronunciamento judicial de mérito, uma vez que o requerente carece de interesse na utilização daquela via processual para os objetivos almejados. Por exemplo: caso o autor pretenda demonstrar sua incapacidade para o trabalho por prova pericial, não poderá lançar mão de mandado de segurança, ação que inadmite dilação probatória.

9. A necessidade, por fim, consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão do autor. Nessa linha, uma pessoa que necessite de um medicamento não tem interesse em propor ação caso ele seja distribuído gratuitamente.

10. Esta sistematização do interesse de agir é adotada pela jurisprudência desta Suprema Corte, como se vê da ementa abaixo:

(...).

11. Como se percebe, o interesse em agir é uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da

eficiência. Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.

### III. INTERESSE EM AGIR E PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

12. A exigência de prévio requerimento administrativo liga-se ao interesse processual sob o aspecto da necessidade. Seria isto compatível com o preceito segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CRFB/1988, art. 5º, XXXV)?

(...).

#### III.2 Prévio requerimento e exaurimento das vias administrativas

19. É muito importante não confundir – como às vezes faz a jurisprudência – a exigência de prévio requerimento com o exaurimento das vias administrativas. A regra do art. 153, § 4º, da Constituição anterior (na redação dada pela EC nº 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas como condição para ingresso em juízo, não foi reproduzida pela Constituição de 1988. Esta a razão pela qual foram editadas a Súmula 213/TFR (“O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”), a Súmula 89/STJ (“A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”)

e a Súmula 9/TRF3 (“Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”). Esclareça-se, porém, que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis. (Grifos não originais)

O acórdão ficou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

(...).

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (j. em 03/09/2014, DJe: 10/11/2014) (Grifos acrescentados)

Diante do exposto, assim concluiu a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, em seu voto-vista:

Transportando esses fundamentos para as ações cautelares de exibição de documento, em que apenas se pretende a segunda via de contratos ou extratos bancários, anoto ser inconteste que os bancos já enviam periodicamente extratos, sendo franqueado igualmente o acesso gratuito aos lançamentos em conta bancária por

meio da internet. Se não houver a iniciativa de seu cliente de pedir na agência de relacionamento, pelos canais adequados, a emissão de segunda via dos documentos já fornecidos, não há como se considerar configurada resistência do banco e, portanto, interesse de agir que justifique a movimentação do Poder Judiciário para a solicitação dos documentos comuns.

Outra questão pertine ao seguro DPVAT, sigla comumente utilizada para designar o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, que é regido por norma específica - Lei 6.194, de 19/12/1974.

Embora referida lei extravagante não contenha determinação explícita acerca da necessidade de prévio pedido administrativo para a pretensão envolvendo o pagamento do seguro, mas apenas a dedução de que tal pagamento pode ser conferido administrativamente, desde que cumpridos os requisitos especificados na lei, o STJ, considerando a orientação firmada pelo STF no RE 631.240/MG, julgado com repercussão geral, passou a interpretar em igual sentido hermenêutico, asseverando a obrigatoriedade do requerimento administrativo prévio para o recebimento do seguro pessoal DPVAT. A esse respeito, confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. 1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para aferir a existência de interesse de agir na ação de cobrança do seguro DPVAT. Súmula 83/STJ. 2. A ameaça ou lesão

a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracterizam após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas, consoante firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, Sessão do dia 03.09.14. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 989.022/RJ, 4ª T., rel. Min. MARCO BUZZI, j. em 24/05/2021, DJe 27/05/2021)

Importante salientar que, nada obstante a necessidade do prévio requerimento administrativo, ao juiz é admitido, diante do caso concreto, averiguar a real necessidade do mesmo ou se a sua imposição se mostra mais gravosa do que a postulação judicial do direito, tendo, por essa razão, admitido a percuciente averiguação judicial acerca da necessidade ou não de pedido administrativo para pretensões de cunho previdenciário, como decidiu o STF no RE 631.240/MG (STJ, REsp 1.987.853/PB, rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª T., j. 14/06/2022, DJe: 20/06/2022)

Do ponto de vista do custo financeiro do processo, sabemos que o direito à tutela jurisdicional não implica direito à litigância sem custo.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LXXIV, estabeleceu que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Embora essa garantia já exista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, sofrendo algumas variações ao longo dos textos constitucionais seguintes e uma supressão na Constituição de 1937, a partir da promulgação da CF de 1988, o Estado possui o dever de prestar assistência jurídica de forma gratuita às pessoas desprovidas de recursos. A existência desse direito fundamental tem por finalidade principal a garantia de acesso dos pobres ao Poder Judiciário e á defesa

real de seus direitos, assegurando assim a demonstração do acesso à justiça.

No plano infraconstitucional, a lei que cuida da assistência jurídica prestada pelo Poder Público é a Lei 1.060, de 05/02/1950. (SILVA, 2013, p. 15)

Portanto, a proteção constitucional está naturalmente voltada para os necessitados, na forma da lei, nominados de *hipossuficientes*, impossibilitados de arcarem com as despesas relativas ao ajuizamento de ação.

A doutrina reputa regular a imposição do recolhimento de valores a título de taxa judiciária e custas judiciais como condição para o acesso à Justiça, ressaltando tão somente eventual inconstitucionalidade se a taxa judiciária for calculada sem limite sobre o valor da causa, sendo, por isso, empecilho para o efetivo ingresso em juízo. (SARLET, 2012, p. 630 e FILHO, 2004, pp. 423-426)<sup>92</sup>

Entretanto, no campo prático, parece-nos que a questão vai além.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que um dos princípios fundamentais da CF é a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) que é conexo ao mínimo existencial e que, em poucas palavras, “não trata apenas de garantir ao ser humano um “mínimo vital”, mas um mínimo de qualidade vida, o qual lhe permita viver com dignidade, tendo a oportunidade de exercer a sua liberdade no plano individual (perante si mesmo) e social (perante a comunidade onde se encontra inserido)”. (FILHO, 2016)

<sup>92</sup> Consolidando a sua jurisprudência nesse mesmo sentido, o STF editou o Enunciado 667: “Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Adverte-se que não é o objetivo do trabalho aprofundar o debate a respeito de qual deve ser o critério, ou melhor, a renda mensal para atingir o mínimo existencial à luz do mercado de crédito e a Economia. É algo a ser explorado em futuros estudos.

Sendo o direito à assistência jurídica classificado como direito fundamental não é despidendo dizer que uma decisão que indefere a petição inicial por não restar comprovada a tentativa de resolver o problema por meio da “plataforma consumidor.gov.br.”, *v.g.*, acarretará a necessidade de interposição do recurso por contrariedade ao art. 5º, inciso XXXV, da CF<sup>93</sup>. Nesse momento tem lugar a necessidade de se levar a cabo o preparo, tanto para a demanda sob a égide do procedimento comum (art. 1.007 e segs., do CPC), como para o Juizado Especial Cível (art. 42, § 1º, da Lei 9.099/1995), sob pena de deserção.

Se a parte for juridicamente necessitada e conseguir comprovar tal condição estará isenta do recolhimento das custas judiciais. Entretanto, se o pleito de gratuidade judiciária for indeferido terá de efetuar o preparo. E aqui, muitas vezes, temos pessoas que se porventura forem obrigadas pelo Poder Judiciário ao pagamento à vista ou parcelado dos emolumentos comprometerá o próprio sustento e conseqüentemente o mínimo existencial.

Um bom exemplo para corroborar nossa assertiva é o valor atual do preparo de um recurso de apelação ou agravo de instrumento de um processo que tramita perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que alcança R\$ 848,03<sup>94</sup>. Levando em consideração que

<sup>93</sup> Entendemos que a exigência pelo juízo da apresentação do prévio requerimento administrativo contraria não apenas o interesse de agir (arts. 3º e 485, VI, ambos do CPC), mas, também, a razoável duração do processo (arts. 5º, LXXVIII, da CF e 4º, do CPC).

<sup>94</sup> Portaria 226/2022, da Corregedoria-Geral da Justiça do TJRJ, que dispõe sobre as custas judiciais e emolumentos no Estado do Rio de Janeiro conferidas pela Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual

o valor do piso nacional é de R\$ 1.212 bem se vê que a dignidade da pessoa humana poderá restar comprometida.

Se os direitos fundamentais são vistos como uma concretização dos direitos humanos,<sup>95/96/97</sup> vale reproduzir a reflexão de JÜRGEN HABERMAS:

Primeiro, temos de responder então à questão se “dignidade humana” é a expressão para um conceito fundamental normativamente substantivo, a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos por meio de uma especificação das condições de violação da dignidade humana, ou se é apenas a expressão vazia para um catálogo de direitos humanos individuais, espalhados e não relacionados.

(...).

6.956/2015) (Disponível em [http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/84190199/PORTARIA\\_CGJ\\_N\\_226.2022.pdf/](http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/84190199/PORTARIA_CGJ_N_226.2022.pdf/) Acesso em 29/11/2022)

<sup>95</sup> A civilização de um País é medida com base no tratamento reservado às pessoas mais vulneráveis, aos marginalizados, aos diversamente hábeis, à efetiva concretização histórica da centralidade das pessoas. (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Renovar, RJ, 2008, p. 787)

<sup>96</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant sinalizam a respeito de barreiras ao acesso à Justiça, em grande escala às pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os mais pobres. Preconizam acerca da necessidade esforços pelo Estado (vontade política) para apoiar os cidadãos contra os governos e os consumidores contra os comerciantes. (Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Ed. Fabris. Porto Alegre, 1998. 1998, pp. 28-29)

<sup>97</sup> O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” BOBBIO, Norberto *apud* TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos Direitos Humanos. Ed. Renovar, 2002, p. 3.

Em virtude de sua universalidade abstrata, os direitos humanos precisam ser concretizados em cada caso particular. Com isso, legisladores e juízes chegam a resultados muito distintos com contextos culturais diferentes.

(...).

O Tribunal Constitucional Federal [da Alemanha] procedeu de modo semelhante em sua decisão inovadora de 9 de fevereiro de 2010 para determinar o direito aos benefícios a partir do § 20, inciso 2 SGB II (do seguro-desemprego II). Por ocasião disso “derivou-se” do artigo 1 da lei fundamental um direito fundamental a um mínimo existencial que possibilita ao favorecido (e seus filhos) uma “participação adequada na vida social, cultural e política”. (HABERMAS, 2012, pp. 11-13) (Grifos acrescentados)

#### A judicialização

O direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito que se materializa com a tutela jurisdicional, ou seja, a sentença, favorável ou não ao autor. (NERY, 2016, p. 213)

A concepção de que o conflito deve ser dirimido através da figura do juiz é algo que não deve ser encarado como estranho nas sociedades ocidentais.<sup>98</sup>

O processo judicial possui a capacidade de produzir sensações, inspirações e esperanças, além de traduzir um mecanismo estatal e supraestatal de resolução de conflitos historicamente constituído na figura do magistrado (ASENSI, 2014, p. 686).

Em que pese os meios alternativos para a solução dos conflitos, o incentivo a *desjudiciarização*<sup>99</sup> e das plataformas colocadas à disposição do consumidor (gov.br), além da autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/RJ), criada para garantir que os direitos dos consumidores sejam respeitados pelos fornecedores de serviços e produtos, não pode ser tolhido do consumidor o mais amplo acesso à Justiça.

Sendo assim, a chamada jurisdição condicionada é incompatível com o princípio do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF)<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> A respeito da judiciarização, é claramente evidente nas sociedades ocidentais que um conflito só pode ser resolvido através da intervenção de uma instância neutra, externa, e o mais das vezes superior ao conflito, dotada de uma competência técnica que a torna onisciente e inscrita no cume da organização do Estado, para garantir sua autoridade e sua legitimidade. (ARNAUD, André-Jean et al. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Tradução: Patrice Charles e F. X. Willaume. Renovar, RJ, 1999, p. 432)

<sup>99</sup> Termo que faz referência à divisão do trabalho entre os tribunais do Poder Judiciário e outras instituições, em matéria de solução de conflitos entre aqueles submetidos à jurisdição. A noção de *desjudiciarização* é a base ideológica de propostas no sentido de fazer daqui para frente com que certas categorias de processos civis, além de certos problemas de ordem penal, sejam tratados por instituições parajudiciais ou privadas, existentes ou a serem criadas, em vez da utilização da via judicial. (idem, p. 242)

<sup>100</sup> Art. 1º (...) Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de

## Entendimento dos tribunais

Embora haja por parte da primeira instância o reconhecimento do interesse de agir à comprovação do prévio esgotamento da via administrativo de qualquer demanda individual alcançada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela parte autora, mesmo não se tratando de questão previdenciária ou de seguro pessoal obrigatório (DPVAT), a pesquisa constatou que os tribunais estaduais possuem sólido entendimento no sentido de que é ilegítima tal exigência por contrariar a garantia constitucional ao exercício do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV da Carta Magna.<sup>101</sup>

Lado outro, o pronunciamento que exige do autor a demonstração de que apresentou prévio requerimento administrativo para a solução do problema tem natureza de despacho e, por isso, não desafia a interposição de recurso. Nada obstante, em razão do possível

Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, da Lei 7.347, de 24/07/1985, incluído pelo art. 6º, da MP 2.180-35, de 24/08/2001.É inconstitucional, referido dispositivo legal (NERY, 2016, p. 211).

<sup>101</sup> TJTO, Ap. Cív. 0000739-29.2022.8.27.2732, 1ª CC, rel. Desª JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, j. em 23/11/2022, DJe: 24/11/2022; TJSP, Ap. Cív. 1006586-30.2021.8.26.0348, 20ª CDirPriv, rel. Des. REBELLO PINHO, j. em 14/03/2022, Reg.: 14/03/2022; TJSP, Ap.Cív. 1039668-12.2020.8.26.0114, 35ª CDirPriv, rel. Des. MORAIS PUCCI, j. 05/11/2021, Reg.: 09/11/2021, TJRS, Ap. Cív. 70018567339, rel. Des. TASSO CAUBI SOARES DELABARY, 9ª CC, j. 25/04/2007, Pub.: 07/05/2007: MS 5003272-53.2019.8.24.0018, 2ª Turma Recursal de SC, rel. Juiz MARCO AURELIO GHISI MACHADO, j. 08/06/2020, DJe: 21/05/2020; TJRJ, AI 001096-50.2020.8.19.0000, 22ª CC, rel. Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA, j. 30/04/2020, Pub.: 05/05/2020.

erro de ofício ou abuso de poder, poderia o mesmo desafiar a interposição de correção parcial ou reclamação correicional.<sup>102</sup>

No entanto, a jurisprudência rejeita o manejo da correção parcial por entender que a parte deverá aguardar sobrevir a sentença para, aí sim, interpor o recurso previsto no Código de Processo Civil.

#### Conclusão

Em que pese a disponibilidade de meios alternativos para a tentativa de solução do litígio entre consumidor e fornecedor, originado da má prestação de serviço pelo mesmo, ao Poder Judiciário, em primeira instância, não é possível que uma mera opção se transforme numa espécie de condição de admissibilidade da demanda diante da ausência do documento que comprove o exaurimento da via administrativa.

O indeferimento da petição inicial acarreta prejuízo a parte autora que será forçada a interpor um recurso, com gasto significativo a título de custas judiciais (exceto se for hipossuficiente, claro) para atender a regra do preparo, sem prejuízo do tempo que terá de aguardar o

<sup>102</sup> Art. 219. São suscetíveis de correção, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder. (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro – CODJERJ) Disponível em <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj.pdf> Acesso em 29/11/2022

juízo pelo tribunal, sendo possível o retorno ao normal prosseguimento do feito apenas quando ocorrer o trânsito em julgado do *decisum* que o anulará por evidente *error in procedendo*.

À guisa do grande número de processos em curso e que são distribuídos diariamente para um Juízo de Direito ou Juizado Especial, ambos de competência cível, nada justifica tal renitência diante da tranquila posição das Cortes estaduais que rechaçam qualquer investida de se deslustrar o direito de ação, sendo certo que a doutrina majoritária trilha idêntico caminho.

Podemos concluir que qualquer obstáculo que porventura venha a ser criado para o consumidor ingressar em juízo em face do fornecedor, originado de uma lesão por ele experimentada, alcançada pela Lei 8.078/1990, conspurca o Direito Fundamental do acesso à Justiça (arts. 5º, XXXV, da CF e 3º, do CPC).

#### Referências

AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2002.

ASENSI, Felipe Dutra. O processo judicial como fato social global total. ASENSI, Felipe Dutra e DE PAULA, Daniel Giotti. Tratado de Direito Constitucional: Constituição no Século XXI. Vol. 2. Ed. Elsevier. 2014, RJ.

ARNAUD, André-Jean et al. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Tradução: Patrice Charles e F. X. Willaume. Renovar, RJ, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Apud* TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos Direitos Humanos. Ed. Renovar, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 05/10/2022.

BRASIL. Poder Judiciário de Santa Catarina. Jurisprudência. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>. Acesso em 05/10/2022.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Ed. Fabris. Porto Alegre, 1998.

COAD: Soluções Confiáveis. Disponível em: [https://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/793/Sumulas\\_e\\_enunciados](https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/793/Sumulas_e_enunciados). Acesso em 05 de Out. 2022.

COSTA, Nelson Nery. Constituição Federal anotada e explicada. Ed. Forense. 5. ed., RJ, 2012.

CODJERJ - Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Disponível em <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj.pdf> Acesso em 29/11/2022)

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Lumen Juris. RJ, 2010.

FILHO, Salomão Ismail. Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana> Acesso em 29/11/2022.

FILHO, Nagib Slaibi. Direito Constitucional. Ed. Forense. RJ, 2004.

GÓES, Guilherme Sandoval e MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Constitucional. Ed. Processo. RJ, 2018.

HABERMAS, JÜRGEN. Sobre a Constituição da Europa: um ensaio. Tradução: Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. Ed. Unesp. SP, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas, 11. ed., SP, 2002.

JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal. Ed. Revista dos Tribunais. 12. ed., 2016.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. Ed. Revista dos Tribunais. 3. ed., SP, 2012.

NETO, Elias Marques de Medeiros. O STJ e o princípio da efetividade: relevantes julgados sobre a garantia constitucional da duração razoável do processo. (Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/301643/o-stj-e-o-principio-da-efetividade-publicado-em-07/05/2019>, atualizado em 02/10/2019 Acesso em 29/11/2022)

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Renovar. RJ, 2008.

Portaria 226/2022, da Corregedoria-Geral da Justiça do TJRJ, que dispõe sobre as custas judiciais e emolumentos no Estado do Rio de Janeiro conferidas pela Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual 6.956/2015) (Disponível em [http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/84190199/PORTARIA\\_CGJ\\_N\\_226.2022.pdf](http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/84190199/PORTARIA_CGJ_N_226.2022.pdf) Acesso em 29/11/2022)

Plataforma consumidor.gov.br: <https://www.gov.br/pt-br>

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2012.

SILVA, Túlio Macedo Rosa e. Assistência Jurídica Gratuita na Justiça do Trabalho. Ed. Saraiva. SP, 2013.

Súmula 213, do Tribunal Federal de Recursos: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=213>

Súmula 89, do Superior Tribunal de Justiça: [https://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/793/Sumulas\\_e\\_enunciados](https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/793/Sumulas_e_enunciados)

Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/>

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: <https://www.tjrj.jus.br/>

Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>

Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://portal.tjsp.jus.br/>

Tribunal de Justiça do Tocantins: <https://www.tjto.jus.br/>

## A RESPONSABILIDADE DAS NOVAS CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO NAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER ORIGINALMENTE AJUIZADAS EM FACE DA CEDAE

**Arnaldo Goldemberg**

Professor da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro  
Defensor Público de Classe Especial do Estado do Rio de Janeiro  
Mestre em Direito Econômico (2001-2004)  
Doutorando (UFF PPGDIN, 2021-).

Os serviços de distribuição de água e de captação e tratamento de esgoto sempre foram grandes desafios para o Estado do Rio de Janeiro. Nas comunidades fluminenses, a visível deficiência na prestação desses serviços essenciais gerava cada vez mais inevitáveis reflexos na qualidade de vida dos moradores, que se viam obrigados a conviver com a escassez de saneamento básico. Segundo dados apresentados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), no ano de 2020, apenas 63,14% da população do estado possuía acesso ao serviço de coleta de esgoto – nem sempre com qualidade e regularidade. Desse esgoto gerado, apenas 47,2% era tratado<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> Dados coletados por meio do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Disponível em:

Em alguns municípios do Estado do Rio de Janeiro, esse percentual era ainda menor: em Maricá, por exemplo, somente 12,72% dos moradores possuíam acesso ao serviço de coleta de esgoto no ano de 2020; Em Piraí, essa taxa permanecia em 26,15%. Já na cidade de São Gonçalo, apenas 33,49% da população total era atendida com esgotamento sanitário no período descrito<sup>104</sup>.

Nesse contexto, no dia 15 de julho de 2020, foi promulgada a Lei nº 14.026/20<sup>105</sup>, também conhecida como Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, que previa um movimento de desestatização na área de infraestrutura, com a intenção de estimular a concorrência no setor e fomentar a entrada de investidores privados.

---

<[http://appsniis.mdr.gov.br/indicadores/web/agua\\_esgoto/mapa-esgoto/?cod=33](http://appsniis.mdr.gov.br/indicadores/web/agua_esgoto/mapa-esgoto/?cod=33)>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>104</sup> Observa-se que os três municípios mencionados eram, no ano de 2020, de integral responsabilidade da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE).

<sup>105</sup> BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Lei responsável por atualizar o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de julho de 2020. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm)>. Acesso em: 22 out. 2022.

Com a entrada em vigor desse diploma legal, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) passou a emitir novas metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico, a fim de aumentar consideravelmente a porcentagem de população com acesso aos serviços de distribuição de água e de captação e tratamento de esgoto.

Diante da realidade do serviço de saneamento básico prestado em solo fluminense e do seu notório déficit, visto que a maior parte do esgotamento sanitário não recebia qualquer tipo de tratamento, inúmeras ações judiciais, individuais e coletivas, proliferaram-se no judiciário.

Os processos que foram ajuizados em face da Companhia para requerer obrigações de fazer e reparação de danos versavam sobre os mais diversos temas, como a cobrança de esgotamento sanitário sem a contraprestação completa, a tarifa progressiva, o fornecimento em caminhão pipa, a individualização de contas de consumo e cobranças indevidas.

Ficava cada vez mais evidente que a CEDAE não lograva cumprir as metas de universalização determinadas pela ANA, fato que demonstrava a capacidade limitada da Companhia ante seu gigantismo dentro do Estado do Rio de Janeiro, já que atuava de modo abrangente tanto no *upstream* (coleta primária e tratamento da água para entrega à rede de distribuição), quanto no *downstream* (rede de distribuição e entrega da água tratada para os domicílios dos

consumidores finais).

Nesse cenário, após apresentação de um novo projeto de concessão pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDS), foram realizados dois leilões públicos, de modo que três novas concessionárias se tornaram responsáveis pelos serviços de distribuição de água e esgotamento sanitário nas regiões respectivamente arrematadas.

Tendo isso em vista, o tema deste artigo trata sobre a responsabilidade das novas concessionárias prestadoras de serviços de água e esgoto nas condenações judiciais de obrigação de fazer originalmente ajuizadas em face da CEDAE.

Outrossim, a presente pesquisa tem por objetivo esclarecer se as condenações da CEDAE decorrentes de deficiências no serviço de fornecimento de água potável e de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro deveriam ser redirecionadas às novas concessionárias, mesmo que estas não tenham sido citadas ou intimadas ao longo do processo de conhecimento.

Por conseguinte, declara-se como problema desta pesquisa, para servir como questão a ser solucionada, a seguinte indagação: as inúmeras ações judiciais de obrigações de fazer ou não fazer à CEDAE devem ser cumpridas e redirecionadas à novas concessionárias dos respectivos blocos vencedores do leilão, ainda que não tenham integrado os polos passivos das relações processuais?

Logo, de modo a direcionar os procedimentos

metodológicos, bem como definir o escopo de atuação deste artigo, é definida a seguinte hipótese a ser confirmada ou refutada no desenvolvimento deste trabalho: as novas concessionárias prestadoras do serviço de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro atuam como sucessoras processuais da CEDAE e/ou são com esta solidárias e, por esse motivo, deverão responder às obrigações determinadas judicialmente em títulos executivos originalmente direcionados à Companhia.

Com efeito, o primeiro capítulo do presente artigo tem por objetivo específico explicar as motivações da elaboração do projeto de concessão dos “quatro blocos” como tentativa de universalização dos serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro, esclarecendo quais foram as concessionárias que arremataram cada bloco e por quais regiões cada uma se tornou responsável.

O segundo capítulo versa sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada ao cessionário, pretendendo esclarecer se as novas concessionárias se tornaram sucessoras processuais da CEDAE ao consentirem em se responsabilizar pelas regiões arrematadas.

No capítulo seguinte, consta a discussão a respeito da solidariedade quanto às obrigações assumidas por integrantes de consórcio, oportunidade em que se demonstra a responsabilidade solidária prevista no ordenamento jurídico brasileiro – como no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Licitações e na Lei de Concessões –, e a possibilidade de emenda à petição inicial antes de

prolatada a sentença.

Posteriormente, consta capítulo que versa sobre as consequências da violação ao princípio da continuidade do serviço público, trazendo conceitos do mencionado princípio conforme o direito administrativo e consumerista, além de debater sobre a possível violação ao princípio da dignidade da pessoa humana quando há descumprimento das novas concessionárias nas obrigações de fazer originalmente ajuizadas em face da CEDAE.

O quinto capítulo, por sua vez, traz a análise jurisprudencial de caso semelhante ocorrido com a Brasil Telecom S/A., que passou a responder por obrigações contraídas pela TELEMS S/A. quando se tornou sucessora na prestação de serviços de telecomunicação.

Por fim, o capítulo que trata sobre a responsabilidade da concessionária Águas do Rio nas ações judiciais originalmente ajuizadas em face da CEDAE, bem como sobre as duas proposições persuasivas aprovadas nas 10ª e 11ª reuniões do Grupo de Direito Cível do CEDES, que tratam da sujeição da nova concessionária à eficácia da coisa julgada nas ações propostas contra a CEDAE.

### **1. O PROJETO DE CONCESSÃO DOS “QUATRO BLOCOS” COMO TENTATIVA DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO.**

Em virtude das intensas dificuldades financeiras enfrentadas

pelo Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2017, o ente público aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF), com a finalidade de ter acesso a créditos e de suspender, ainda que temporariamente, o pagamento de parcelas de dívidas com a União Federal. Entre as condições estabelecidas para que o estado fluminense aderisse ao RRF, estava inclusa a concessão dos serviços de distribuição de água e de captação e tratamento de esgoto em áreas atendidas pela CEDAE a empresas de iniciativa privada, tendo em vista que as metas de universalização dos serviços determinadas pelo Novo Marco do Saneamento não estavam sendo cumpridas pela incapacidade de investimento do estado<sup>106</sup>.

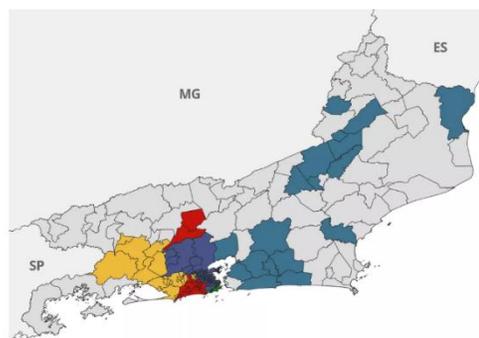
O Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDS), diante do cenário desfavorável presente no Estado do Rio de Janeiro e das condições para que o ente aderisse ao RRF, apresentou um modelo de concessão de parte dos serviços já prestados pela CEDAE à iniciativa privada, sugerindo a divisão dos municípios atendidos pela companhia em quatro blocos. De acordo com o projeto, apenas os serviços de distribuição de água e esgotamento sanitário seriam concedidos, pelo prazo de 35 anos, à iniciativa privada<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> A concessão dos serviços de distribuição de água e captação e tratamento de esgoto como condição para que o Estado do Rio de Janeiro aderisse ao Regime de Recuperação Fiscal. Disponível em: <<https://cedae.com.br/oquemudou>> Acesso em: 21 out. 2022

<sup>107</sup> Leilão da Cedaec arrecada mais de R\$ 22 bilhões pelos blocos 1, 2 e 4; bloco 3 não recebe oferta. Reportagem de Daniel Silveira e Kátia Mello para o Portal G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de->

Abaixo, consta o mapa que ilustra a divisão em quatro blocos do território objeto de concessão:

**Figura 1:** Mapa da divisão do território em quatro blocos



Fonte: Guilherme Pinheiro/G1, disponível em:

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/30/primeiro-lote-do-leilao-da-cedae-e-vendido-com-mais-de-100percent-de-agio-sobre-o-lance-inicial.ghtml> Acesso em: 10 de outubro de 2022

**Figura 2:** Divisão dos bairros cariocas entre os blocos

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/30/primeiro-lote-do-leilao-da-cedae-e-vendido-com-mais-de-100percent-de-agio-sobre-o-lance-inicial.ghtml> Acesso em: 21 out. 2022

BLOCO 1	R\$ 4,036 bilhões*	BLOCO 2	R\$ 3,172 bilhões*
<b>Capital (18 bairros da Zona Sul)</b> Aperibé Cachoeiras de Macacu Saquarema Tanguá São Sebastião do Alto Cambuci Cantagalo Casimiro de Abreu Cordeiro Duas Barras Itaboraí Itaocara Rio Bonito São Francisco de Itabapoana São Gonçalo Magé Maricá Miracema		<b>Capital (20 bairros da Zona Oeste)</b> Miguel Pereira Paty do Alferes	
		BLOCO 3	R\$ 908,108 milhões*
		<b>Capital (22 bairros da Zona Oeste)</b> Itaguaí Paracambi Pinheiral	Pirai Rio Claro Seropédica
		BLOCO 4	R\$ 2,503 bilhões*
		<b>Capital (106 bairros do Centro e Zona Norte)</b> Belford Roxo Duque de Caxias Japeri Mesquita Nilópolis	Nova Iguaçu Queimados São João de Meriti

Fonte: Guilherme Pinheiro/G1, disponível em:

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/30/primeiro-lote-do-leilao-da-cedae-e-vendido-com-mais-de-100percent-de-agio-sobre-o-lance-inicial.ghtml> Acesso em: 10 de outubro de 2022

Ao todo, trinta e cinco, dos sessenta e quatro municípios até então atendidos pela CEDAE, foram inclusos no projeto de concessão. A ideia de dividir as regiões em quatro blocos era clara: buscar o equilíbrio da arrecadação, tornar cada bloco mais atrativo aos investimentos privados e, conseqüentemente, tornar as metas de universalização dos serviços determinadas pelo Novo Marco do Saneamento Básico mais tangíveis.

## 2.1 Os leilões da CEDAE e a previsão contratual da fase de operação assistida

De acordo com o *site* da Companhia, o primeiro leilão da CEDAE ocorreu no dia 30 de abril de 2021, oportunidade em que foram leiloados os blocos 1, 2 e 4 a duas novas concessionárias: a Águas do Rio 1 SPE S.A., sociedade integrante do Consórcio AEGEA, grupo de saneamento básico atuante em outros cento e vinte seis municípios brasileiros, e a Iguá Rio de Janeiro S.A., que compõe o Consórcio Iguá, empresa catarinense que já prestava serviços em trinta e sete cidades no país<sup>108</sup>.

Na ocasião, a Concessionária Águas do Rio arrematou os blocos 1 – o mais caro entre os quatro e que contempla dezoito bairros da Zona Sul da capital e dezoito municípios fluminenses –, oferecendo um investimento de R\$ 8,2 bilhões, e 4 – que engloba cento e seis bairros do Centro e Zona Norte da capital e sete municípios –, oferecendo R\$ 7,2 bilhões. Tais valores representam um ágio de 103% e 187%, respectivamente.

A Concessionária Iguá, por sua vez, arrematou o bloco 2 – o segundo mais valioso –, que integra vinte bairros da Zona Oeste da capital e dois municípios. Pela região, a empresa ofereceu R\$ 7,28

<sup>108</sup> As novas concessionárias responsáveis pelos 4 blocos. Disponível em: <<https://cedae.com.br/oquemudou>> Acesso em: 21 out. 2022

bilhões, um ágio de 129%.

Durante a realização do primeiro leilão, o bloco 3, que abarca vinte e dois bairros da Zona Oeste da capital e seis municípios fluminenses, não recebeu nenhuma oferta, já que era a região menos valiosa dentre as quatro a serem arrematadas. Por esse motivo, foi realizado novo leilão, em 29 de dezembro do mesmo ano, ocasião em que a concessionária Águas do Brasil arrematou a última região ao ofertar um investimento de R\$ 2,2 bilhões, um ágio de 90%<sup>109</sup>.

Assim, em 11 de agosto de 2021, o Estado do Rio de Janeiro e a sociedade Águas do Rio 1 SPE S.A celebraram o primeiro pacto referente à concessão dos serviços de saneamento: o Contrato de Concessão de Serviço Público nº 32/21, por meio do qual foi outorgada à Concessionária a prestação regionalizada, com exclusividade, dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e gestão comercial no Bloco 1, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema. Com o passar do tempo, os demais contratos foram sendo assinados em decorrência dos leilões.

Com efeito, todos os contratos de concessão previam um período inicial, chamado de fase de operação assistida, durante a qual a CEDAE permaneceria integralmente responsável pela prestação dos

<sup>109</sup> Leilão da Cedae arrecada mais de R\$ 22 bilhões pelos blocos 1, 2 e 4; bloco 3 não recebe oferta. Reportagem de Daniel Silveira e Káthia Mello para o Portal G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/30/primeiro-lote-do-leilao-da-cedae-e-vendido-com-mais-de-100percent-de-agio-sobre-o-lance-inicial.ghtml>> Acesso em: 21 out. 2022

serviços concedidos, cabendo à nova Concessionária, durante esse tempo, tão somente acompanhar as atividades desempenhadas pela CEDAE.

Noutras palavras, durante um período de cerca de seis meses – conforme estava previsto nos contratos celebrados – equipes das novas empresas poderiam acompanhar técnicos da CEDAE nos serviços prestados, até estarem familiarizados com as redes e sistemas de água e esgoto nas suas áreas.

Ao término dessa fase inicial, as novas concessionárias tornaram-se responsáveis pela manutenção e instalação de redes de distribuição de água, pelo sistema de coleta e tratamento de esgoto e também pela gestão comercial. Ou seja, todas as obrigações que anteriormente pertenciam à CEDAE, ao final da fase de operação assistida, como a realização de novas matrículas, parcelamento de dívidas, e instalação e leitura de hidrômetros, por exemplo, passaram a ser de responsabilidade das novas empresas.

Destaca-se, em relação à concessionária Águas do Rio, que houve redução do período de operação assistida. Isso porque, mesmo tendo assinado o contrato em 11 de agosto de 2021, já em 1º de novembro de 2021 a nova empresa celebrou com a CEDAE Termo de Encerramento Antecipado da Operação Assistida e Transferência do Sistema, tornando-se, a partir desse momento – repita-se: 1º de novembro de 2021 – integralmente responsável por qualquer obrigação de fazer que envolva os serviços prestados nas áreas

acordadas<sup>110</sup>.

## **2.2 A Responsabilidade da Concessionária Águas do Rio**

Com a concessão dos blocos 1 e 4, a Águas do Rio se tornou a responsável pela maior área do estado, atuando em 26 municípios fluminenses, dentre os quais, Belford Roxo, Duque de Caxias, Maricá, Nilópolis, Nova Iguaçu, São Gonçalo e Saquarema, e 124 bairros cariocas, como Bonsucesso, Botafogo, Complexo do Alemão, Copacabana, Paquetá, Penha Tijuca e Rocinha.

Passaram a ser administrados pela Águas do Rio os reservatórios tombados pelo Instituto Estadual do Patrimônio Cultural (INPEAC), como, por exemplo, a Caixa da Mãe D'Água (fundado em 1744), o Reservatório do França (1883) e o Reservatório da Carioca (1865), todos em Santa Teresa, a Caixa Velha da Tijuca (1850) e a Caixa Nova da Tijuca (1883), no Alto da Boa Vista, o Reservatório do Morro de São Bento (1877), no Centro do Rio, e os reservatórios da Quinta da Boa Vista (1867) e do Pedregulho (1880),

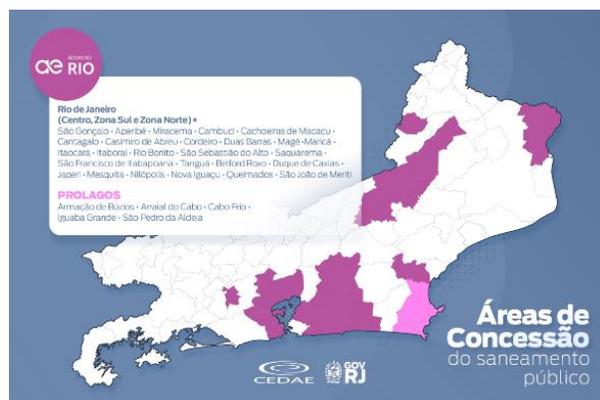
---

<sup>110</sup> A fase de Operação Assistida ocorrida após a assinatura dos contratos. Disponível em: <<https://cedae.com.br/operacaoassistidaconcessionarias>> Acesso em: 10 out. 2022

em São Cristóvão<sup>111</sup>.

Abaixo o mapa das áreas concedidas pela CEDAE no Estado do Rio de Janeiro à Concessionária Águas do Rio:

**Figura 3:** Regiões concedidas à Águas do Rio



Fonte: Governo do Estado do Rio de Janeiro/CEDAE.

Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>>

Acesso em: 10 de outubro de 2022

### 2.3 A Responsabilidade da Concessionária Iguá

A concessionária Iguá, por sua vez, assumiu integralmente

<sup>111</sup> As regiões fluminenses arrematadas pela concessionária Águas do Rio. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>>. Acesso em: 10 out. 2022

as operações no término da fase de operação assistida, que, nesse caso, ocorreu no dia 07 de fevereiro de 2022. Com isso, a mencionada sociedade passou a ser responsável pelos serviços de saneamento em dois municípios fluminenses – Miguel Pereira e Paty do Alferes – e nos bairros da capital que integram a Área de Planejamento 4 (AP-4), na Zona Oeste da cidade, atuando nos serviços de distribuição de água e de coleta e tratamento de esgotos nos bairros Anil, Barra da Tijuca, Camorim, Cidade de Deus, Curicica, Freguesia, Gardênia Azul, Grumari, Itanhangá, Jacarepaguá, Joá, Pechincha, Recreio dos Bandeirantes, Taquara, Tanque, Vargem Grande e Vargem Pequena.

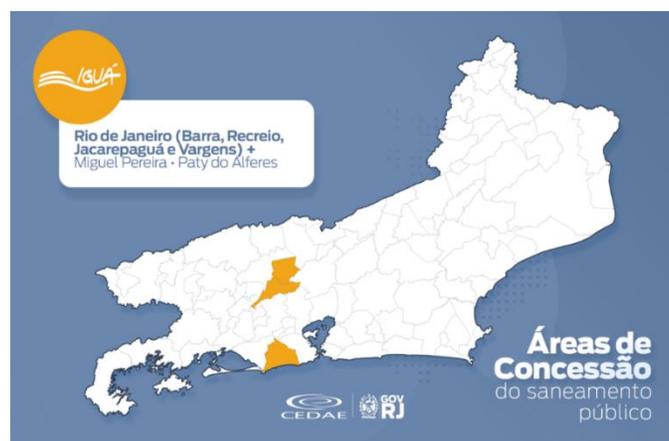
Por meio da concessão, a Iguá passou a administrar estruturas como a Estação de Tratamento de Esgotos (ETE) Barra, o Emissário Submarino da Barra e todo o sistema de esgotamento sanitário do Eixo Olímpico, que inclui as elevatórias Vila dos Atletas e Olímpica, além de 1,3 quilômetros de tubulação coletora de esgotos.

E não só: a empresa em questão igualmente tornou-se responsável pelo Açude do Pau da Fome (1908), no Parque Estadual da Pedra Branca, e pelo Reservatório do Tanque ou Morro da Reunião, em Jacarepaguá, inaugurado em 1925 e tombado pelo INEPAC<sup>112</sup>.

Eis o mapa que ilustra as regiões abarcadas pela concessionária Iguá:

<sup>112</sup> As regiões fluminenses arrematadas pela concessionária Iguá. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaigua>>. Acesso em: 10 out. 2022

**Figura 4:** Regiões concedidas à Iguá



Fonte: Governo do Estado do Rio de Janeiro/CEDAE.

Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>>

Acesso em: 10 de outubro de 2022

## 2.4 A Responsabilidade da Concessionária Rio+Saneamento

Já a terceira concessionária a celebrar contrato de concessão com a CEDAE, a Rio+Saneamento, iniciou plenamente suas atividades ao término do período de operação assistida, ocorrido, aqui, no dia 1º de agosto de 2022. A partir de então, a sociedade passou a prestar serviços de distribuição de água em vinte e dois

bairros da Zona Oeste da Capital (região da AP-5), como, por exemplo, Campo Grande, Paciência, Realengo, Santa Cruz, Sepetiba e Vila Kennedy.

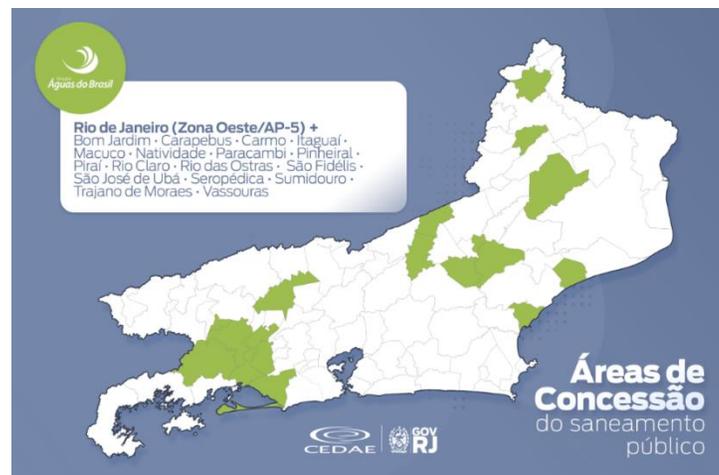
Além dos supracitados bairros, a Rio+Saneamento tornou-se responsável pela coleta e tratamento de esgoto e pela distribuição de água nos municípios de Itaguaí, Seropédica e Paracambi, atuando em outros quatorze municípios do interior fluminense pela captação, tratamento e distribuição de água, e da coleta e tratamento de esgoto, como em Bom Jardim, Piraí, Rio das Ostras, Seropédica e Vassouras.

O Consórcio Águas do Brasil, ao qual pertence a Rio+Saneamento, já realizava serviço de esgotamento sanitário desde o ano de 2012 em bairros da Zona Oeste do Rio, pela concessionária Zona Oeste Mais Saneamento, pertencente ao mesmo grupo.

A seguir, mapa das áreas de concessão do saneamento público atendidas pela concessionária Rio+Saneamento<sup>113</sup>:

**Figura 5:** Regiões concedidas à Rio+Saneamento

<sup>113</sup> As regiões fluminenses arrematadas pela concessionária Rio+Saneamento. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>> Acesso em: 10 de outubro de 2022



Fonte: Governo do Estado do Rio de Janeiro/CEDAE. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>> Acesso em: 10 de outubro de 2022

## 2. A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA AO CESSIONÁRIO

Com a transferência dos serviços públicos antes oferecidos pela CEDAE às novas concessionárias, emergiu uma dúvida em relação aos processos judiciais ajuizados em período precedente à cessão e que ainda estão em curso: As inúmeras ações de obrigação de fazer, ajuizadas em face da CEDAE e que se encontram em fase de cumprimento de sentença, deverão ser redirecionadas às novas concessionárias?

Para responder a tal questão, basta atentar-se ao que dispõe expressamente o Código de Processo Civil quando disciplina a

respeito da sucessão processual.

### 3.1 As novas concessionárias como sucessoras processuais da CEDAE

Não se discute, neste trabalho, o entendimento quanto à formação da relação jurídica processual pela citação válida, segundo o qual, não se permite, como regra, a alteração das partes e dos intervenientes no curso do processo, em cumprimento ao “Princípio da Estabilidade Subjetiva da Lide”, ou seja, a *perpetuatio legitimationis*. Trata-se de um instrumento de segurança jurídica, pelo qual se limita a atuação do Estado para que a demanda corra conforme os moldes ditados pela parte autora<sup>114</sup>.

O princípio da *perpetuatio legitimationis* atua, num primeiro momento, como obstáculo ao instituto conhecido como sucessão processual. Isso porque, em que pese seja necessário que as partes processuais se mantenham inalteradas para que a demanda siga estável, há casos – expressamente previstos em lei – em que uma terceira pessoa, estranha à demanda, seja parte legítima para contrair direitos e obrigações anteriormente atribuídos ao antecessor<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> MARCATO, Antonio C. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2022. p. 144

<sup>115</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil / coord. Pedro Lenza – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 132

Trata-se da sucessão processual, que ocorre quando alguém assume a posição de uma das partes dentro de uma relação jurídica. Há, em suma, a troca de pessoas na titularidade de direitos e obrigações, que são assumidos pelo sucessor como se o antecessor nunca tivesse existido<sup>116</sup>.

Isto é, está caracterizada a sucessão processual quando há a mudança de quaisquer das partes da relação jurídica por terceiro até então estranho ao processo, que se tornará o titular de todos os ônus e faculdades que eram atribuídos ao antecessor<sup>117</sup>.

Com efeito, em que pese o artigo 109 do CPC, em seu *caput*, deixar claro que a alienação de coisa ou de direito litigioso não altera, por si só, a legitimidade das partes – como regra, conquanto tenha havido a alienação ou a transmissão, o processo continuará correndo com as partes originárias –, o mesmo dispositivo legal também dispõe, em seu terceiro parágrafo, que os efeitos da sentença se estendem ao adquirente ou cessionário:

Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou cessionário não

<sup>116</sup> ARAÚJO JR., Gediel Claudino de. Código de Processo Civil Anotado: dicas de prática jurídica - São Paulo: Atlas, 2021, p. 150

<sup>117</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil / coord. Pedro Lenza – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 132

poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente.

§ 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário<sup>118</sup>.

Da análise do parágrafo terceiro do supracitado dispositivo legal, depreende-se que a coisa julgada alcança as partes do processo e as que as sucedem na relação processual, assim como as que são solidárias no cumprimento de sentença, em virtude da interdependência entre as diversas relações jurídicas, de modo que os efeitos das sentenças podem alcançar terceiros. E é por essa razão que a concessionária sucessora se torna responsável para executar a obrigação de fazer anteriormente direcionada à CEDAE.

Aplicando-se tais considerações à hipótese em apreço, percebe-se que o processo judicial ajuizado em face do alienante, *in casu*, da CEDAE, deverá ser executado contra o adquirente da coisa litigiosa, ou seja, da nova concessionária, como se o serviço público ainda pertencesse à parte vencida. Isso porque o título executivo contra o citado no processo judicial atingirá o seu sucessor, conforme

<sup>118</sup> BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

estabelece o artigo 109, parágrafo terceiro do CPC.

Logo, mesmo que a nova concessionária não tenha sido citada ao longo da fase de cognição do processo original, até porque sua obrigação nasceu a partir de sua assunção pelo resultado da licitação, resta evidente que o Código de Processo Civil de 2015 afastou a hipótese inserção do sucessor aos limites subjetivos da coisa julgada, haja vista que houve alteração superveniente da titularidade dos serviços concedidos.

De acordo com a regra advinda com o art. 109 § 3º do CPC, deve ser considerado que o sucessor da atividade empresarial é a parte que passa a figurar na relação processual, no cumprimento de sentença e na tutela de urgência, sem solução de continuidade.

A assunção dos serviços pela concessão de parte do fluxo dos serviços de distribuição e coleta de esgoto, o “*downstream*” – que passou a ser prestado pela nova concessionária – importa na legitimação imediata, até porque a concessionária é uma substituta do Poder Público que legitima a concessão.

A este respeito, leciona RONALDO CRAMER<sup>119</sup>:

[...] compreende-se que § 3º contém regra especial, para dispor que o adquirente ou cessionário, apesar de terceiro, é alcançado pela coisa julgada produzida no

<sup>119</sup> CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 181.

processo que tem por objeto a coisa alienada ou o direito cedido, seja para beneficiar, seja para prejudicar.

Noutras palavras, o CPC optou por alcançar o adquirente ou cessionário, depois do trânsito em julgado, não havendo o afastamento pelo limite subjetivo da coisa julgada e sem que haja necessidade de concordância para que os efeitos da sentença incidam sobre o sucessor do devedor (a mesma regra revê prevalecer também para o destinatário da tutela provisória de urgência).

Da mesma forma, entende Humberto Theodoro Jr.:

A sentença contra o alienante se executa contra o adquirente da coisa litigiosa, como se o bem ainda pertencesse à parte vencida. A coisa julgada contra um atinge o outro, para impedir que a fraude burle a prestação jurisdicional. Da mesma forma, a sentença favorável ao cedente será executada a benefício do cessionário. A coisa julgada, qualquer que seja o teor da sentença, atingirá igualmente a parte primitiva e o cessionário do direito litigioso<sup>120</sup>.

Ou seja, mesmo que o cessionário não seja parte no processo, os efeitos da sentença deverão ser suportados por ele. Se

<sup>120</sup> THEODORO JR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 213

assim não fosse, haveria grande instabilidade e insegurança jurídica, além de estímulos à alienação de bem litigioso como forma de burlar eventual decisão desfavorável no processo<sup>121</sup>.

Ora, se de fato ocorreu a transmissão das obrigações da CEDAE às novas concessionárias, por óbvio que essas atuam como sucessoras processuais daquela, de modo que as ações judiciais ajuizadas em face da CEDAE, mesmo que já se encontrem em fase executiva, deverão ser redirecionadas à concessionária que está, agora, responsável pelos serviços na região retratada na demanda.

Até porque, a relação das novas sociedades com os usuários do serviço público deriva da relação outrora havida com a CEDAE, visto que o cadastro de usuários foi por esta repassado a elas.

### **3.2 O consentimento das novas concessionárias em se responsabilizar pelas regiões arrematadas**

A questão trazida à apreciação no presente artigo tem como fundamento a previsão contratual à qual se submeteram as novas concessionárias quando da celebração do contrato de concessão do serviço público, no qual houve a transferência das obrigações de fazer contraídas anteriormente pela CEDAE em demandas judiciais.

Ao consentirem em participar dos leilões ocorridos em 2021

<sup>121</sup> DELLORE, Luiz. Comentários ao Código De Processo Civil – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

e ao assinarem o contrato de concessão, as três concessionárias estavam cientes de que seriam integral e exclusivamente responsáveis por todos os riscos - possíveis e prováveis - relacionados à exploração e prestação dos serviços.

E é exatamente isso o que disciplina o Item 34.2 do Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário nos Municípios do Bloco 2<sup>122</sup>, abaixo colacionado:

34.2 À exceção dos riscos alocados pelo presente CONTRATO ou pela legislação à responsabilidade do ESTADO, a CONCESSIONÁRIA, a partir do início da vigência da OPERAÇÃO DO SISTEMA, é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos ordinários e obrigações relacionados à exploração e prestação dos SERVIÇOS, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes:

A cláusula demonstra que tanto a Águas do Rio, quanto a Iguá e a Rio+Saneamento, estavam cientes das inúmeras ações judiciais que corriam em face da antiga concessionária, motivo pelo qual a possibilidade de decisões judiciais parciais ou totalmente

<sup>122</sup> Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário nos Municípios do Bloco 2. Disponível em: <<https://transparencia.pmpm.rj.gov.br/webbrun/tmp/PortalServices/Contrato-Concessao.pdf>> Acesso em: 14 de outubro de 2022.

desfavoráveis aos interesses da CEDAE - e, conseqüentemente, aos interesses das novas concessionárias - sempre esteve evidente. Ainda assim, voluntariamente, as sociedades optaram por assinar o contrato de concessão, assumindo a área especificada no contrato e, portanto, consentindo com a transmissão das obrigações que, anteriormente, eram direcionadas à CEDAE.

Destaca-se o compromisso da concessionária adjudicada na licitação de água e esgotamento em respeitar e manter o funcionamento das operações de concessões vigentes e pré-existentes à assinatura do contrato:

5.2 A CONCESSIONÁRIA declara ter ciência das concessões de serviços de água e esgotamento sanitário vigentes e pré-existentes à assinatura deste CONTRATO, cujo objeto é a prestação destes serviços dentro de áreas urbanas dos MUNICÍPIOS, ainda que fora da ÁREA DA CONCESSÃO, as quais não serão alteradas em face do advento da CONCESSÃO e do CONTRATO.

5.3 A CONCESSIONÁRIA compromete-se a respeitar o funcionamento das operações de concessões vigentes e pré-existentes à assinatura do CONTRATO, referidas na subcláusula 5.2, obrigando-se a cumprir, relativamente àquelas que com ela mantenham relação de interdependência e naquilo que lhe for aplicável, as obrigações contidas no ANEXO IV – CADERNO DE

## ENCARGOS DA CONCESSÃO e no ANEXO XV – CONTRATOS DE INTERDEPENDÊNCIA PRÉ-EXISTENTES<sup>123</sup>.

Assim, em prestígio ao Princípio da Razoável Duração do Processo, consagrado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna<sup>124</sup>, e pelo artigo 4º do Código de Processo Civil, não se mostra razoável que os autores que ingressaram em juízo em face da CEDAE ajuízem nova ação tão somente para redirecionar a execução de decisão já transitada em julgado, ainda mais quando já está cabalmente demonstrada a responsabilidade das novas concessionárias.

Não há que se falar, portanto, em violação *perpetuatio legitimationis* e dos limites subjetivos da coisa julgada, caso a execução seja redirecionada à nova concessionária, de modo que, por se tratar de relações interligadas, os efeitos da sentença, indubitavelmente, se estendem às sucessoras da CEDAE.

### 3. A SOLIDARIEDADE QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS POR INTEGRANTES DE CONSÓRCIO

<sup>123</sup> Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário nos Municípios do Bloco 2. Disponível em: <<https://transparencia.pmpp.rj.gov.br/webrun/tmp/PortalServices/Contrato-Concessao.pdf>> Acesso em: 14 de outubro de 2022.

<sup>124</sup> BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 05 out. 1988.

Conforme mencionado, todas as novas concessionárias que arremataram os blocos ofertados pela CEDAE pertencem a um grupo empresário específico de saneamento básico: a concessionária Águas do Rio, responsável por arrematar os blocos 1 e 4, é uma sociedade empresária que pertence ao Consórcio AEGEA, grupo de saneamento básico atuante em outros cento e vinte seis municípios brasileiros. A concessionária Iguá, por sua vez, que ficou responsável pelo bloco 2, compõe o Consórcio Iguá, empresa catarinense que já prestava serviços em trinta e sete cidades no país. Já a Rio+Saneamento, que arrematou o bloco 3, é uma empresa que integra o Consórcio Águas do Brasil, outro grupo do setor de concessões privadas prestadoras de serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos no país.

Segundo a professora Vanessa Ferrari Teixeira (2017), há consórcio quando um conjunto de empresas compartilha o mesmo destino em relação a determinada atividade, agindo de modo coeso, organizado e cooperado, a fim de tornar viável o alcance dos interesses em comum. A professora assinala:

A palavra Consórcio tem origem no latim, consortium, compreendendo a união de duas outras palavras: *consors* e *sorts(tis)*, *sortis*. *Consors* significa parceiro e *sorts*, sorte, destino. Pode-se, então, dizer que o

Consórcio caracteriza a união daqueles que participarão de um mesmo destino, de uma mesma sorte.

Nesse sentido, Pontes de Miranda<sup>8</sup> ensina que “o que caracteriza o consórcio é a existência, entre as empresas, de situação objetiva idêntica, de modo que se possa estabelecer a mesma sorte, total ou parcial, embora cada um exerça, singularmente, a sua atividade<sup>125</sup>”.

As professoras Marília Gabriela Volpato e Aline Collet (2015), outrossim, esclarecem que o consórcio constitui em uma forma de parceria e de concentração empresarial que possui vínculo contratual e autonomia patrimonial das empresas envolvidas, já que, ao atuarem de forma solitária, encontram maiores dificuldades para sobreviver em um mercado globalizado. Isto é, o instituto “*consiste em um contrato de colaboração entre empresas, mediante o qual se conjugam esforços objetivando viabilizar determinado empreendimento e de maneira que não haja a supressão da individualidade de cada consorciado*<sup>126</sup>”.

Em suma, a doutrina conceitua o instituto do consórcio empresarial como sendo a associação típica, temporária e contratual de algumas sociedades empresárias para que realizem um objetivo

<sup>125</sup> TEIXEIRA, Vanessa Ferrari - Prevenção e solução de conflitos em consórcios empresariais – São Paulo : Almedina, 2017. P. 21

<sup>126</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob; ESTEVEZ, André Fernandes; RAMOS, Ricardo Ehresperger – coordenadores - Contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 184

comum, sem que isso implique na criação de uma nova personalidade jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do consórcio empresarial contém previsão expressa e concreta na Lei nº 6.404/76<sup>127</sup> – que dispõe sobre as sociedades por ações –, mais especificamente no artigo 278, sendo considerada a “lei geral” do instituto:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

É válido ressaltar que o parágrafo primeiro do mencionado

<sup>127</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 15 dez. 1976.

dispositivo legal estabelece que as empresas participantes do consórcio não possuem, entre si, presunção de solidariedade. E não poderia ser diferente, já que, caso a solidariedade entre as sociedades fosse um pressuposto absoluto, haveria considerável desinteresse na formação de novas parcerias empresariais.

No entanto, ainda que, como regra geral, a solidariedade entre as empresas participantes de um consórcio não se presume, há situações previstas expressamente na legislação nas quais as sociedades devem responder solidariamente pelos danos causados.

Com efeito, a legislação brasileira dispõe sobre situações que garantem a solidariedade quanto às obrigações assumidas pelos integrantes de um consórcio, como, por exemplo: nos casos de Licitações e Contratos Administrativos – previsto no artigo 19, §2º, da Lei nº 8.987/95<sup>128</sup>–; nas relações trabalhistas – previsto no artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>129</sup>–; e, finalmente, nos casos onde há relação de consumo – conforme expressa o artigo 28, §3º do Código de Defesa do Consumidor<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 13 fev. de 1995.

<sup>129</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>130</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 11 de setembro de 1990.

#### 4.1 A solidariedade prevista no Código de Defesa do Consumidor

Como mencionado acima, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, expressamente, que há previsão de solidariedade entre as sociedades consorciadas nos casos em que há relação consumerista entre as partes:

CDC, Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código<sup>131</sup>.

Em matéria consumerista, a previsão de solidariedade entre as empresas consorciadas justifica-se pela necessidade de se atribuir máxima proteção ao consumidor, mediante o alargamento da base

<sup>131</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 11 de setembro de 1990.

patrimonial hábil a suportar a indenização. Trata-se, portanto, de um mecanismo de garantia do consumidor quanto ao ressarcimento dos danos sofridos, em consonância com o princípio que reconhece a vulnerabilidade daquele no mercado de consumo.

Além disso, as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos gozam de prerrogativas não extensíveis àquelas que operam no livre mercado e, portanto, a elas são oponíveis princípios como o da continuidade do serviço público, que será analisado posteriormente.

Mas é possível afirmar que o CDC se aplica ao caso descrito no presente artigo?

O próprio diploma legal se encarrega de responder a esse questionamento: o artigo 22, do CDC, é claro em expressar que as concessionárias de serviço público têm a obrigação de prestar serviço de modo adequado, eficiente e seguro. Os serviços públicos, portanto, estão também sujeitos às regras consumeristas:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a

reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

O professor Sérgio Cavalieri Filho<sup>132</sup> explica que, quando os serviços públicos são prestados a grupos indeterminados, sem possibilidade de identificar cada destinatário, são chamados de serviços *uti universi*, sendo financiados por meio dos impostos, como é o caso da segurança pública. Por outro lado, o autor afirma que quando os serviços públicos se preordenam a destinatários individuais, cujos usuários são determinados ou determináveis, serão denominados *uti singuli*, o que ocorre com os serviços de saneamento básico, como é o caso em debate no presente artigo.

Os serviços públicos *uti singuli* que não são prestados diretamente pelo próprio Estado são remunerados por tarifas ou preços públicos, sendo que a relação entre a prestadora de serviços e o usuário final é, evidentemente, consumo, atraindo para si as disposições do CDC.

Ou seja, como as concessionárias de serviço público de saneamento básico que operam no estado do Rio de Janeiro prestam um serviço público essencial *uti singuli*, caracterizado pela individualidade da sua prestação e contraprestação, são aplicadas às demandas as normas protetivas do CDC.

<sup>132</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

Até porque, o administrado, que também é usuário da prestação de atividade pública essencial, caracteriza-se como consumidor, uma vez que utiliza o serviço como destinatário final, adequando-se ao conceito disposto no artigo 2º, do CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo<sup>133</sup>.

Por sua vez, as concessionárias de serviço público essencial mencionadas ao longo desse artigo correspondem ao conceito de fornecedor indicado no artigo 3º, do mesmo diploma legal, já que se dedicam a desenvolver atividades relativas a saneamento básico, como a prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e gestão comercial:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação,

<sup>133</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 11 de setembro de 1990.

exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Logo, resta evidente que a solidariedade prevista no artigo 28, §3º, do CDC, se aplica às demandas em curso ajuizadas, originalmente, em face da CEDAE, e redirecionadas às novas empresas. Isso significa que as obrigações de fazer destinadas àquela sociedade de economia mista são, agora, de responsabilidade solidária de todas as empresas pertencentes ao consórcio empresarial ao qual faz parte a concessionária responsável pela localidade descrita na demanda.

#### **4.2 A possibilidade de emenda à petição inicial antes de prolatada a sentença**

Ainda que grande parte das ações de obrigação de fazer ajuizadas pelos usuários em face da CEDAE – pleiteando-se um serviço adequado de saneamento – estejam já em fase de cumprimento de sentença, há que se observar os processos ainda sem sentença proferida, como, por exemplo, os litígios com tutela de urgência deferida. Ou seja, casos em que ainda não há trânsito em julgado, apesar de já haver decisão interlocutória favorável ao requerente.

Nessas situações, há que se destacar a possibilidade de a parte autora emendar a petição inicial para que se inclua novo réu no

polo passivo da demanda, ante uma evidente alteração fática superveniente. Isto é, é possível que o autor da Ação de Obrigação de Fazer ajuizada originalmente em face da CEDAE inclua a nova concessionária responsável como ré ingressante, diante da transmissão posterior das obrigações da Companhia às sociedades por meio de leilão público.

Antes, contudo, de estudarmos a exceção, é necessário que se observe a regra da estabilização do processo: uma vez aperfeiçoada a citação do réu, o autor, a princípio, não pode mais aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, exceto com o consentimento daquele, assegurado o contraditório. Tal regra está disposta no artigo 329 do CPC, e versa sobre a estabilização dos elementos objetivos e subjetivos do processo, permanecendo o juízo atrelado a atribuir à parte apenas aquilo que foi por ela pleiteado, sem que a sentença possa prejudicar terceiros que não tenham participado da relação processual<sup>134</sup>:

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

<sup>134</sup> MONTENEGRO FILHO, Misaél. Direito Processual Civil – São Paulo: Atlas, 2019, p. 285.

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar<sup>135</sup>.

Ocorre que, em prestígio à finalidade instrumental do processo, o nosso ordenamento jurídico privilegia o resultado em detrimento do ato, de modo que as nulidades somente serão declaradas se do ato considerado nulo resultar manifesto prejuízo à parte. O princípio da instrumentalidade das formas, como é chamado pela doutrina, é constantemente relacionado ao Princípio do Prejuízo ou da Transcendência, em que ocorre prejuízo quando a invalidade impede a finalidade do ato. Trata-se de regra prevista no direito francês (*pas de nullité sans grief*), onde é importante verificar se o ato causou prejuízo ou mesmo se não atingiu a sua finalidade<sup>136</sup>.

Observando-se o princípio da instrumentalidade das formas, destaca-se que a inclusão de novo réu no polo passivo da demanda, antes de prolatada a sentença, não pode ser considerado prejudicial a nenhuma parte, e por um simples motivo: será assegurado ao réu

<sup>135</sup> BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

<sup>136</sup> SÁ, Renato Montans de. Manual de direito processual civil – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 223.

ingressante pleno exercício do direito de defesa e do contraditório. Tal ato não poderá, portanto, ser considerado inválido.

Com efeito, a inclusão da nova concessionária responsável ao polo passivo da demanda já ajuizada em face da CEDAE, antes de publicada a sentença, não implica em violação ao que está estabelecido no já transcrito inciso II, do artigo 329 do CPC. Isso porque o pedido e a causa de pedir dispostos na petição inicial ficarão intactos, já que permanecem tanto os motivos que ensejaram o ajuizamento da ação quanto o pleito requerido. O que se altera é tão somente um elemento subjetivo do processo, e não por motivo de erro material, mas por mudança superveniente na relação jurídica entre as partes: o leilão público – ocorrido após a distribuição da peça exordial – que transmitiu às concessionárias parte das obrigações assumidas até então pela CEDAE.

Sobre a alteração do polo passivo da demanda, dispõe o artigo 339 do CPC, que:

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação,

procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

O ordenamento jurídico prevê, portanto, situações em que o réu indicado pela parte autora por meio da petição inicial poderá ser modificado, como no caso do artigo 339 do CPC, em que a alegação de ilegitimidade – feita no bojo da contestação da parte ré – seja aceita pelo autor.

Assim, admite-se a emenda da inicial antes da sentença, com a finalidade de incluir novo réu no polo passivo da demanda, desde que não haja alteração da causa de pedir ou do pedido, em observância aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.

#### 4.3 A solidariedade prevista na Lei de Licitações

A previsão de solidariedade entre as empresas participantes de consórcio disposta na Lei de Licitações, em um primeiro momento, não é a mesma hipótese de obrigação solidária que se adequa à execução de título executivo judicial em que a CEDAE tenha sido condenada. Isso porque as demais sociedades que também pertencem a consórcios como a AEGEA, a Iguá e a Águas do Brasil só poderão

responder solidariamente às obrigações das respectivas concessionárias – Águas do Rio, Iguá e Rio+Saneamento – caso elas já tenham sido intimadas ao longo do processo, mesmo já em fase de cumprimento de sentença, o que, na maior parte dos processos em curso, ainda não ocorreu.

De toda forma, importante ressaltar que, caso seja declarada a responsabilidade das novas concessionárias, as demais empresas consorciadas deverão responder solidariamente pelas obrigações as quais aquelas foram intimadas.

Com efeito, a possibilidade de participação de consórcios em processos licitatórios é tratada pela Lei nº 8.666/93<sup>137</sup>, no artigo 33, como uma exceção: pela literalidade desse diploma legal, a presença de empresas consorciadas deveria ser expressamente prevista pela Administração Licitante no ato convocatório, além de ser devidamente motivada.

Ocorre que, seguindo a posição já consolidada no Tribunal de Contas da União a esse respeito, a Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21<sup>138</sup>, passou a prever que a possibilidade de participação de consórcio empresarial a processo licitatório seria a regra geral, e sua

<sup>137</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 1993.

<sup>138</sup> BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de junho de 2021.

vedação seria a exceção, que deveria ser devidamente justificada pela Administração Licitante, sob pena de configurar uma restrição à competitividade.

Independentemente da inovação legislativa, sempre esteve presente – na Lei nº 8.666/93, pelo artigo 33, inciso V, e na Lei 14.133/21, pelo artigo 15, inciso V –, que as empresas em consórcio participantes da licitação deverão obedecer à responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio:

Lei nº 8.666/93 [...]

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Lei nº 14.133/21

[...]

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em

consórcio, observadas as seguintes normas:

[...]

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Ainda que a Nova Lei de Licitações não seja aplicável às demandas retratadas no presente artigo – até porque, entrou em vigor após a publicação do ato convocatório da CEDAE –, é sempre válido ressaltar a opção do legislador em manter a aplicação do instituto da solidariedade entre as empresas consorciadas.

A despeito da previsão de solidariedade entre as empresas consorciadas no ordenamento jurídico brasileiro, reitera-se que, antes de tudo, a nova concessionária deve ser intimada a cumprir a obrigação originalmente direcionada à CEDAE para que incida sobre as demais sociedades integrantes do consórcio a igual responsabilidade constante no título executivo judicial.

#### **4.4 Responsabilidade prevista na Lei de Concessões**

A Lei de Concessões - Lei nº 8.987/95<sup>139</sup> - expressamente determina que a concessionária deva cumprir o contrato firmado com o ente público, executando o serviço concedido e respondendo pelos prejuízos causados aos usuários:

Lei nº 8.987/95

[...]

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

Conforme o mencionado diploma, o artigo 19, §2º dispõe que nos casos em que a concessionária de serviço público for integrante de consórcio, será de responsabilidade da empresa líder consorciada o cumprimento do contrato de concessão, devendo as demais sociedades, de mesmo modo, responder por eventuais danos causados:

Lei nº 8.987/95

[...]

Art. 19. Quando permitida, na

<sup>139</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 13 fev. de 1995.

licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas<sup>140</sup>.

Noutras palavras, a solidariedade retratada na Lei de Concessões indica que a obrigação de fazer determinada pelo Poder Judiciário nas ações direcionadas originalmente à CEDAE deverá ser cumprida pela concessionária responsável ou por quaisquer outras sociedades que compõe o mesmo consórcio empresarial que ela.

Com efeito, ao ingressar em juízo pleiteando uma obrigação de fazer e comunicando ao Poder Público sobre a precariedade dos serviços prestados pela CEDAE, o usuário, além de buscar um direito seu – o de receber serviço adequado (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.987/95) –, está também cumprindo uma obrigação, estabelecida pelo artigo 7º, inciso IV, da mesma lei:

Lei nº 8.987/95

[...]

<sup>140</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 13 fev. de 1995.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

[...]

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado<sup>141</sup>;

Logo, não se trata de transferir obrigações judiciais para partes estranhas ao processo, mas de determinar o cumprimento pelo concessionário do serviço público concedido que se tornou responsável pela localidade descrita no processo.

#### 4. AS CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

De acordo com o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio significa um mandamento nuclear de um sistema, já que atua como uma disposição essencial que irradia sobre as mais variadas normas, tornando-se como seu espírito “*e servindo de critério*”

<sup>141</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 13 fev. de 1995.

*para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo”*.<sup>142</sup>

Além dos princípios constitucionais expressos, estabelecidos no artigo 37, da Constituição Federal de 1988<sup>143</sup> – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, a Administração Pública deve observar outras diretrizes que igualmente se incluem em sua principiologia, sendo da mesma relevância e hierarquia daqueles expressamente previstos na Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Aos princípios não expressos na Constituição atual, mas considerados de igual hierarquia e importância, a doutrina e a jurisprudência se referem como princípios reconhecidos, de modo a acentuar a sua aceitação geral como regras de proceder da Administração.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 974-975

<sup>143</sup> BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 05 out. 1988.

<sup>144</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

Dentre outros princípios reconhecidos pela doutrina majoritária, como a supremacia do interesse público, a autotutela, a precaução, a segurança jurídica e a indisponibilidade, se encontra o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, responsável por impedir, como regra, que o serviço público seja interrompido em razão de sua essencialidade.<sup>145</sup>

### 5.1. A continuidade do serviço público segundo o direito administrativo

Para Carvalho Filho<sup>146</sup>, o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos decorre da necessidade de a Administração Pública atender aos reclamos dos administrados, que, em sua maioria, são necessidades sociais prementes e inadiáveis. A consequência lógica das urgências protestadas por setores da sociedade é a impossibilidade de se interromper um serviço público em andamento, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. Segundo o autor, o mencionado princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa – não apenas aos serviços públicos –, haja vista que qualquer descontinuidade ou paralisação na Administração contraria o interesse

<sup>145</sup> ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Manual de Direito Administrativo – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

<sup>146</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

público.

Di Pietro<sup>147</sup>, por sua vez, defende que a continuidade do serviço público traz relevantes consequências no ordenamento jurídico brasileiro, como a proibição, ainda que não absoluta, de greve nos serviços públicos, estabelecida no artigo 37, inciso VII, da Carta Magna; a impossibilidade de se invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, nos contratos administrativos em geral; a necessidade de preenchimento de funções públicas temporariamente vagas, por institutos como a suplência, a delegação e a substituição; e a previsão de encampação da concessão de serviço público.

Para o Professor Fabrício Bolzan de Almeida<sup>148</sup>, o caráter não absoluto do mencionado princípio é ilustrado pelo artigo 6º, da Lei nº 8.987/95<sup>149</sup> – que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos –, já que prevê a possibilidade de paralisação da atividade pública em situações de emergência.

O também chamado de Princípio da Permanência, portanto, consiste na proibição da interrupção total ou parcial do desempenho

<sup>147</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>148</sup> ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Manual de Direito Administrativo – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

<sup>149</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 13 fev. de 1995.

de atividades do serviço público prestadas à população e a seus usuários. Diante disso, entende-se que a atividade de interesse coletivo, visando aplicar-se diretamente à população, não pode parar, devendo ser sempre contínua, haja vista que sua paralisação poderá acarretar sérios prejuízos aos seus administrados.

Com efeito, a continuidade dos serviços públicos está diretamente conectada ao Princípio da Eficiência – expressamente mencionado no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal –, já que a não paralisação de uma atividade pública é um dos aspectos da qualidade desse serviço<sup>150</sup>.

O que se pretende, na verdade, é impedir que a sociedade seja prejudicada por um possível benefício a interesse privado. A continuidade, portanto, guarda estreita pertinência com princípio da supremacia do interesse público, uma vez que “*em ambos se pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventual realce a interesses particulares*”<sup>151</sup>.

Além disso, a continuidade dos serviços públicos é um dever do poder público em sentido amplo. Quando menciona que qualquer solução que lhe comprometa a continuidade fere a lei comitente, é possível, nesse caso, englobar atuações administrativas e, também,

<sup>150</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

<sup>151</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – Barueri [SP]: Atlas, 2022, p. 76

judiciais, praticadas pelo poder público ou suas concessionárias.

## 5.2 A continuidade do serviço público prevista no Código de Defesa do Consumidor

Em matéria consumerista, necessário mencionar a regra expressa no artigo 22, Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a obrigação da Administração Pública em prestar serviços públicos de modo adequado, eficiente, seguro, e, quanto aos essenciais, contínuo:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código<sup>152</sup>.

<sup>152</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 11 de setembro de 1990.

É relevante destacar que o citado diploma legal não caracteriza, define ou indica quais seriam as atividades públicas consideradas essenciais. Isso porque essa definição já constava no artigo 10, da Lei nº 7.783/89, que, entre outros serviços, dispõe que o tratamento e o abastecimento de água constituem atividades essenciais da Administração Pública:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis<sup>153</sup>;

Segundo o Professor Sérgio Cavalieri Filho, “*pelo teor do dispositivo transcrito, a continuidade consiste na indispensabilidade do serviço público essencial, devendo ser prestado sem interrupções*”<sup>154</sup>. Para o autor, o código consumerista indica expressamente a continuidade como característica de uma atividade pública, impondo, inclusive, a reparação do dano em caso de descumprimento.

Com efeito, já foi mencionado que a relação jurídica entre a

<sup>153</sup> BRASIL. Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 28 jun. 1989

<sup>154</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. Barueri [SP]: Atlas, 2022, p. 119.

concessionária de serviço público essencial e o administrado é consumerista, devendo ser regida, por óbvio, também pelo CDC.

Não é por outro motivo que as novas concessionárias, que – repita-se – estavam cientes das obrigações e do passivo contencioso adquirido da CEDAE, são responsáveis por cumprir as obrigações de fazer deferidas em cada ação. Ou seja, as referidas sociedades são proibidas, em prestígio ao Princípio da Continuidade do Serviço Público, de interromperem suas atividades ao equivocado argumento de que não foram citadas ao longo da demanda. Afinal, é totalmente válido exigir – inclusive judicialmente – das concessionárias que prestem um serviço continuado e de boa qualidade, respondendo elas pelos defeitos, acidentes ou paralisações, já que possuem responsabilidade civil objetiva, nos claros termos do artigo 22, do CDC.

Isto é, caso as concessionárias se recusem a cumprir as obrigações de fazer determinadas pelo Poder Judiciário, estarão violando a regra da continuidade do serviço público essencial em sentido amplo, ocasionando gravíssimas consequências aos usuários daquele serviço.

### 5.3 A violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Outra grande consequência gerada pelo não cumprimento das obrigações de fazer deferidas judicialmente é a violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea que garante aos administrados a utilização dos serviços públicos essenciais para a manutenção da vida<sup>155</sup>.

Até porque, o serviço público é fundamental e indispensável para a população, ainda mais quando se trata de serviço de saneamento básico, como o tratamento de esgoto. É essencial que os resíduos domésticos sejam tratados de forma adequada antes de atingirem o lençol freático (águas subterrâneas), rios, lagoas, lagos e oceanos, evitando-se assim impacto ao meio ambiente e proliferação de patógenos e doenças de veiculação hídrica.

O serviço de saneamento não prestado de modo adequado resulta na disseminação de doenças que afetam diretamente a saúde e a integridade física dos autores das ações judiciais originalmente ajuizadas em face da CEDAE. Afinal, com a ausência de tratamento de esgoto, ainda que por curto período de tempo, os agentes patógenos presentes nele se disseminam pelo ambiente,

<sup>155</sup> ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Manual de Direito Administrativo – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

contaminando a água e os alimentos ingeridos pelos humanos.

Analisando algumas ações de obrigação de fazer ajuizadas em face da CEDAE, não é difícil perceber que o que se pretende ao judicializar essa questão é tão somente a obtenção do serviço de saneamento adequado, digno e eficiente ao qual tem direito a parte autora. E não são outras as conclusões dos excelentíssimos julgadores, que, em sua maioria, deferem os pedidos contidos na exordial para condenar a concessionária a realizar o que se pleiteou. O que se discute nessas demandas, portanto, não é a essencialidade do serviço, nem a obrigatoriedade do poder público em realiza-lo. Trata-se de questão meramente processual: o redirecionamento da execução em face da nova concessionária.

Ocorre que, consoante mencionado anteriormente, a CEDAE não possui mais ingerência nas localidades que compõem os quatro blocos: cabe, portanto, à concessionária adquirente cumprir a obrigação de fazer determinada pelo Poder Judiciário em face, inicialmente, da CEDAE, sob risco de o administrado permanecer um período ainda maior sem a adequada prestação desse serviço público tão essencial.

### 5. ANÁLISE DE CASO SEMELHANTE: A RESPONSABILIDADE DA BRASIL TELECOM S/A PARA RESPONDER POR OBRIGAÇÕES DA TELEMS S/A

Com um olhar atento à jurisprudência pátria, percebe-se que já houve uma situação muito semelhante àquela trazida no cerne desse artigo.

O caso análogo gira em torno da privatização da estatal responsável pela prestação de serviço de telecomunicação no Estado do Mato Grosso do Sul (MS) – a Telems S/A – e a responsabilidade civil da sua sucessora – a Brasil Telecom S/A –, nas obrigações relativas a danos pretéritos causados pela Telems.

O Processo nº 2013/0004380-7-MS<sup>156</sup>, ora em análise, foi ajuizado por nove autores que pleiteavam a liquidação individual de uma sentença proferida em sede de ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (MPE/MS) em face da Empresa de Telecomunicações de Mato Grosso do Sul S.A. – a Telems, empresa operadora de telefonia no MS até o ano de 1998.

De acordo com o relatório processual, cinco mil consumidores residentes no estado do Mato Grosso do Sul adquiriram, da Telems, linhas telefônicas pelo sistema celular rural fixo. Para a implantação desses sistemas de telefonia no interior do estado, a operadora de telefonia alegou necessitar de recursos financeiros desses consumidores, que deveriam ser restituídos por

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.462 – Recorrente: BRASIL TELECOM S/A - FILIAL MATO GROSSO DO SUL. Recorrido: CATARINA TOSTA GARCIA E OUTROS. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em: 07/05/2013. DJe. 18/06/2013.

meio de ações daquela sociedade. Esse fato, contudo, nunca ocorreu, o que ensejou o ajuizamento de uma ação coletiva pelo MPE/MS.

Segundo a narrativa constante nos autos, os pedidos da ação coletiva foram julgados procedentes, tendo o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS determinado que a Telems procedesse, no prazo de 30 dias, à retribuição dos investimentos dos contratantes, já que os contratos celebrados contrariavam disposições normativas do Ministério da Infraestrutura.

Transcorrido o trânsito em julgado da ação coletiva, sem qualquer reforma na sentença proferida, o processo entrou em fase de liquidação individual, oportunidade em que o Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas/MS reconheceu, pela primeira vez, a responsabilidade da Brasil Telecom S.A pela dívida, por ser esta a sucessora da Telems.

A decisão homologatória dos cálculos apresentados pelos autores foi agravada pela Brasil Telecom S.A., que aduziu sua suposta ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que não seria sucessora da Telems em relação às obrigações discutidas naqueles autos. O relator do agravo negou-lhe provimento monocraticamente, oportunidade em que foi interposto, pela executada, agravo interno, igualmente não provido.

Inconformada, a Brasil Telecom S.A interpôs Recurso Especial, alegando que as obrigações contraídas pela Telebrás não deveriam ser de responsabilidade da executada, já que não se aplicaria,

no caso, o instituto da sucessão processual. O recurso foi inadmitido, motivo pelo qual foi interposto Agravo em Recurso Especial, ao qual foi dado provimento para determinar sua conversão no Recurso Especial nº 1.371.462 - MS.

Com efeito, de acordo com o voto do relator Sr. Ministro Luís Felipe Salomão, no julgamento do recurso perante o Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que a Brasil Telecom S.A é sucessora da Telems, sendo, por esse motivo, parte legítima para figurar no polo passivo da execução. Segundo o ministro, a alienação de parte das ações da Telems à nova concessionária, realizada devidamente por meio de leilão público, implica no necessário reconhecimento da responsabilidade da sucessora quando a sentença já está transitada em julgado para executar a sucedida, “[...] *seja por força dos arts. 568 e 592 do CPC [de 1973], seja por regra segundo a qual a sentença, proferida entre as partes originárias, estende seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário (art. 42, § 3º do CPC [de 1973])*”<sup>157</sup>.

Na leitura do julgado é possível constatar que a decisão acolheu plenamente a hipótese de sucessão na fase de cumprimento de sentença:

PROCESSO REsp 1371462 / MS  
RECURSO ESPECIAL 2013/0004380-7

<sup>157</sup> Trecho do Relatório do Sr. Ministro Luís Felipe Salomão, no Recurso Especial nº 1.371.462-MS. p. 8, Quarta Turma. Julgamento em: 07/05/2013. DJe. 18/06/2013.

RELATOR(A) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) ÓRGÃO JULGADOR T4 - QUARTA TURMA DATA DO JULGAMENTO 07/05/2013 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 18/06/2013

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA (PROCESSO N. 021.98.020556-3). BRASIL TELECOM. TELEMS. CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA NA CONSTRUÇÃO DE REDE DE TELEFONIA. SENTENÇA QUE RECONHECE A RESPONSABILIDADE DA TELEMS PELA RESTITUIÇÃO DE VALORES. COISA JULGADA. LEGITIMIDADE DA SUCESSORA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL. RESSALVA DE CASOS COM OUTROS CONTORNOS FÁTICOS E JURÍDICOS QUANTO À MORA. 1. Na fase de cumprimento individual de sentença, mostra-se imprópria a discussão acerca da ilegitimidade da executada apoiada no contrato de participação financeira que fora objeto de ação civil pública, porquanto o que se executa é título judicial transitado em julgado - que reconheceu a responsabilidade da Telems S.A. pela restituição dos valores pagos pelos beneficiários. Se as obrigações reconhecidas na sentença eram da Telems

S.A. ou da Telebrás - em razão das disposições contidas no ato de cisão ou no Edital de Privatização -, isso é questão que só tinha relevância no processo de conhecimento, não podendo ser reagitada depois de formado o título judicial irrecorrível. Precedentes. 2. No caso, sendo a Brasil Telecom S.A. a sucessora da Telems S.A. - em razão da alienação mediante leilão público -, o reconhecimento da responsabilidade da sucedida, em sentença transitada em julgado, implica a da sucessora, seja por força dos arts. 568 e 592 do Código de Processo Civil, seja por regra segundo a qual "a sentença, proferida entre as partes originárias, estende seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário (art. 42, § 3º do CPC). 3. No cumprimento de sentença de ação civil pública, na qual se tutelaram direitos individuais homogêneos e mediante a qual se buscou o reconhecimento do dever de a empresa de telefonia restituir valores pagos por consumidores a título de participação financeira em construção de rede de transmissão, reconhecimento antecedido pela declaração de nulidade de cláusula contratual que previa o inverso, os juros moratórios devem fluir a partir da citação válida levada a efeito na fase de liquidação/execução individual da sentença, mesmo marco constitutivo da mora caso a ação de conhecimento fosse ajuizada individualmente pelo próprio particular. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente provido para que os juros moratórios

comecem a incidir a partir da citação válida na fase de cumprimento individual da sentença coletiva.<sup>158</sup>

Destaque-se que o julgado é claro em admitir a *legitimidade da empresa sucessora* em razão do edital de privatização, o que ocorreu independentemente de ter participado do processo de conhecimento, mesmo depois de formado o título judicial irrecorrível, tema perfeitamente alinhado com o da sucessão das novas concessionárias de água e esgoto que saíram vencedoras do processo licitatório dos quatro blocos de concessão de abastecimento antes servidos pela CEDAE.

O tema retratado no REsp 1371462/MS, inclusive, foi publicado do Informativo nº 524, do STJ, em 28 de agosto de 2013:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL.  
RESPONSABILIDADE DA BRASIL  
TELECOM S/A PARA RESPONDER  
POR OBRIGAÇÕES DA TELEMS S/A.

Em execução individual de sentença coletiva promovida em face da Brasil Telecom S/A, sucessora da Telems S/A, não é cabível a análise de tese de ilegitimidade passiva fundada na alegação de que, em razão de disposições contidas no ato de cisão ou no edital de privatização da sucedida, a

<sup>158</sup> O art. 42 § 3º do CPC de 1973 equivale ao art. 109 § 3º do CPC de 2015.

obrigação objeto de execução - consistente na restituição de valores pagos por consumidores em razão da participação financeira em construção de rede de transmissão de telefonia - não seria, conforme previsto no título executivo judicial, da sucedida (Telems S/A), e sim da Telebrás. Isso porque a referida tese só teria relevância no processo de conhecimento, não podendo, assim, ser suscitada no momento da execução individual. Desse modo, o reconhecimento da responsabilidade da sucedida, em sentença transitada em julgado, implica a da sucessora seja por força dos arts. 568 e 592 do CPC, seja por regra segundo a qual "a sentença, proferida entre as partes originárias, estende seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário" (art. 42, § 3º do CPC). REsp 1.371.462-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2013.

Da análise do caso em tela, verifica-se que o Tribunal da Cidadania optou por reconhecer que a nova concessionária de serviço público deveria cumprir as obrigações originalmente direcionadas à Telems. O próprio STJ reiterou que, no caso, não há que se falar em violação aos limites subjetivos da coisa julgada, haja vista que a pessoa jurídica a quem se está buscando o redirecionamento da execução é sucessora da primeira executada.

Ora, indubitável semelhança guarda esse processo com as ações judiciais em curso que foram trazidas ao longo do presente

artigo. Em ambas as situações: havia um processo de desestatização – no caso antigo, da Telems, e no caso atual, da CEDAE –; a alienação das ações ocorreu devidamente mediante leilão público, após processo licitatório plenamente válido; as concessionárias assumiram total ou parcialmente as obrigações das empresas pertencentes à Administração Indireta; as sociedades adquirentes tornaram-se responsáveis pela execução de serviço público nas regiões determinadas – no caso antigo, serviços de telecomunicação, e no caso atual, serviços de saneamento básico –; e as concessionárias são sucessoras das empresas inicialmente executadas.

Logo, em prestígio ao posicionamento da Quarta Turma do STJ, evidenciado no Informativo nº 524/2013, deve-se entender que as concessionárias que adquiriram o direito de prestar os serviços públicos de saneamento deverão responder, também, pela precariedade do trabalho da CEDAE no que diz respeito à manutenção e instalação de redes de distribuição de água e ao sistema de coleta e tratamento de esgoto. Isso porque, ao participarem do leilão público promovido pela sociedade de economia mista e realizado conforme prevê o ordenamento jurídico, as empresas tornaram-se sucessoras da Companhia, atraindo para si a responsabilidade até mesmo pelos danos pretéritos.

## 6. O ATUAL POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DO RIO NAS AÇÕES JUDICIAIS ORIGINALMENTE AJUIZADAS EM FACE DA CEDAE

Em que pese tenha sido analisada, no capítulo anterior, a jurisprudência relativa ao objeto da presente pesquisa, é importante destacar o posicionamento atual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em relação à responsabilidade das novas concessionárias prestadoras de serviços de água e esgoto nas condenações judiciais de obrigação de fazer originalmente ajuizadas em face da CEDAE.

Antes, contudo, de expor o novo panorama adotado pelo TJRJ, faz-se necessário ilustrar a questão mediante o exame de um processo judicial em curso que diga respeito à possibilidade ou não do direcionamento da obrigação de fazer consistente no fornecimento de água e esgoto, em face da concessionária ÁGUAS DO RIO 1 SPE S/A, que sucedeu a CEDAE, na prestação do serviço público essencial.

## 7.1 Análise de caso concreto: Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por usuário em face da CEDAE e redirecionada à concessionária Águas do Rio

O processo ora analisado, um Agravo em Recurso Especial nº 0006735-78.2022.8.19.0000<sup>159</sup>, é uma Ação de Obrigação de Fazer, cumulada com uma Declaratória de Nulidade e Indenizatória por Danos Morais e Materiais, proposta por um usuário, morador de São Gonçalo/RJ, em face de CEDAE, e que está em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Na petição inicial, o autor requereu a concessão de tutela de urgência para o fim de se determinar que a CEDAE cumpra a obrigação de fornecer o serviço de água e tratamento de esgoto, de forma adequada e contínua, diretamente, ou, até que se viabilize o abastecimento via encanamento, por meio de envio de carro pipa para abastecer 20 m<sup>3</sup> de água mensais.

De acordo com o relatório processual, o usuário não obtinha o serviço de distribuição de água que deveria ser prestado pela Companhia, sendo necessária a compra de água por meio de caminhão-pipa. Mesmo sem ter o serviço prestado adequadamente, a

<sup>159</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo em Recurso Especial nº 0006735-78.2022.8.19.0000. Agravante: Genival Celestino da Silva. Agravado: Águas do Rio 1 SPE S/A. Relator: Desembargador Edson Vasconcelos. Terceira Vice-Presidência. Julgamento em: 08 de setembro de 2022.

CEDAE encaminhava mensalmente ao autor as faturas, cobrando valores muito acima do consumo real – que sequer era fornecido pela concessionária.

Com efeito, foi juntado aos autos um laudo pericial técnico, solicitado pelo usuário, apontando que o volume de água fornecido pela CEDAE à residência era de apenas 2.790 litros mensais, volume que é considerado muito aquém do mínimo necessário, estimado em 36.000 litros, sendo que o consumo cobrado mensalmente ficava na média de 14.790 litros.

Após regular processamento, a Vigésima Quinta Câmara Cível julgou procedentes os pedidos autorais para determinar o fornecimento de água no patamar mínimo de 20.000 litros. A demanda transitou em julgado e teve início, então, a fase de cumprimento de sentença.

Ocorre que, em que pese a CEDAE ter efetuado o pagamento da condenação a título de indenização material e moral, restou a obrigação de manter o fornecimento de água de modo eficiente e contínuo.

Por esse motivo, a Companhia apresentou manifestação informando que, devido ao leilão realizado em abril de 2021, modificou-se a relação jurídica existente entre as partes. Isto é, segundo a executada, a CEDAE não poderia mais executar quaisquer intervenções nos serviços concedidos a outra concessionária – no caso, à Águas do Rio –, uma vez que não possuía mais gerência

daquela localidade.

Diante disso, e mediante o requerimento do autor, o juízo *a quo* determinou a intimação da Águas do Rio para que cumprisse a obrigação de fazer determinada no título executivo judicial.

Ciente da intimação para o cumprimento da obrigação de fazer, consistente na prestação do serviço de água e esgoto, a concessionária interpôs recurso de Agravo de Instrumento, sustentando, em resumo, a inobservância aos limites subjetivos da coisa julgada, uma vez que nunca integrou o polo passivo da ação.

Contudo, mesmo após os recursos interpostos pela parte autora, o julgado *a quo*, com base na mudança da Concessionária fornecedora dos serviços de água e esgoto e nos limites da coisa julgada subjetiva, entendeu como legítima a recusa abusiva da nova fornecedora na prestação contínua e satisfatória, a que está obrigada por lei e por título judicial transitado em julgado.

No momento, a ação está ainda em curso, aguardando manifestação judicial relativa ao Agravo em Recurso Especial interposto pelo autor.

Tão logo concluído o relatório do processo em análise, passa-se, agora, a um minucioso exame da decisão até então mantida pela Vigésima Quinta Câmara Cível, que entendeu pela ilegitimidade da nova concessionária em compor o polo passivo da demanda, pelo fato de não ter sido citada ao longo do processo de cognição.

Em primeiro lugar, a obrigação a qual o usuário requer o

cumprimento é tão somente a prestação do serviço público essencial de fornecimento de água, objeto de exploração pela nova Concessionária Águas do Rio.

Nesse contexto, reitera-se que, a partir do encerramento da fase de operação assistida, tornou-se inviável que a CEDAE realizasse quaisquer obrigações de fazer pertinentes às áreas concedidas, haja vista que as novas concessionárias se tornaram as únicas responsáveis pelos serviços, conforme consta no Termo de Alinhamento de Práticas Comerciais da Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Bloco 1 do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse diapasão, não se desconhece a notoriedade e a publicidade com que regularmente foram realizados os referidos leilões que ensejaram os contratos, pelos quais as novas concessionárias se comprometeram em executar todos os serviços prestados até então pela CEDAE, com exceção da captação e tratamento de água.

Trata-se de decisão tomada pelo Estado do Rio de Janeiro, pela Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e, ainda, por Municípios diversos do Estado.

Dessa forma, a distribuição de água potável, todos os serviços de esgoto (coleta, transporte, tratamento e destinação final) e a gestão comercial (cobrança, alteração de titularidade, instalação de medidores, serviços em geral), tornaram-se de responsabilidade da concessionária.

Todavia, conforme se extrai do relatado pelo usuário, a prestação deficiente e precária de serviço público não se alterou, o que prejudica substancialmente a rotina e até a saúde do autor e de sua família, que precisam conviver com a falta de água encanada que deveria ser fornecida pela concessionária.

Essa conduta e forma de prestar o serviço que a Concessionária Águas do Rio pretende não alterar, constituem-se em verdadeiro ato ilícito na forma dos artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro.

Ademais, valer-se tão somente da interpretação gramatical, como método hermenêutico, dos artigos 506 e 513, §5º do CPC, é teratológico e demasiadamente limitante, na medida que assim pode-se inferir que a lei abrigaria e protegeria condutas e atos ilícitos.

Em verdade, tenciona-se, na hipótese ora analisada, lesionar a boa-fé objetiva com a conduta desviante da concessionária, que pode ser traduzida no brocardo *venire contra factum proprium*, instituto que veda o comportamento contraditório e resguarda a boa-fé objetiva<sup>160</sup>.

Ante a proibição desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, não pode a empresa fornecedora, depois de vencer o processo licitatório para o fornecimento de águas e tratamento de

<sup>160</sup> Tal instituto postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo.

esgoto, alegar limites subjetivos da coisa julgada, o que em tese seria lícito, mas com o objetivo de não prestar o serviço a que lhe cabe ao consumidor adimplente, que ainda goza de título judicial transitado em julgado em seu favor para a prestação contínua e satisfatória do serviço público<sup>161</sup>.

Além disso, em vista a evitar as distorções do formalismo e observar a economia processual, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe dispositivos que permitem aos Juízos, no exercício da cognição, privilegiar o resultado materialmente atingido pelo processo e impedir que nulidades puramente formais sejam suscitadas de maneira espúria pelas partes.

Nesse sentido colaciona-se a seguir o disposto nos artigos 188; 276 e 277 do Código de Processo Civil:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Art. 277. Quando a lei prescrever

<sup>161</sup> Nesse ponto, tem-se claramente violado o artigo 5º do CPC, que dispõe que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

O que a concessionária pretende é eximir-se de seu dever legal e judicial em prestar o serviço público que lhe cabe, valendo-se para tanto de previsão legal processual para abrigar e validar sua conduta ilícita em face do autor. Tal circunstância não pode ser tolerada e deve ser rechaçada pela jurisprudência pátria.

Ao tentar se eximir do passivo judicial da CEDAE e das obrigações solidárias que agora, como ente executivo do serviço público de fornecimento de água, lhe competem, a Águas do Rio não cumpre com os termos contratuais acordados, entre eles, a operação plena do sistema de abastecimento de água, desde 31.10.2021, de sua integral responsabilidade<sup>162</sup>:

(iv) A Concessão conta com uma fase de operação assistida, durante a qual a CEDAE permanece integralmente responsável pela prestação dos serviços concedidos, cabendo à Concessionária acompanhar as atividades desempenhadas pela CEDAE, consoante o disposto na Cláusula 8ª do Contrato de Concessão;

(v) A fase de operação assistida da

<sup>162</sup> Conforme o Termo de alinhamento de práticas comerciais da concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Bloco 1 do Estado do Rio de Janeiro.

Concessão terminará em 31/10/2021, data a partir da qual a operação plena do sistema de abastecimento de água, esgotamento sanitário e gestão comercial será transferida à integral responsabilidade da Concessionária, mediante celebração de Termo de Transferência do Sistema com Estado e CEDAE.

Logo, não seria razoável exigir do autor ajuizamento de nova ação, com a mesma causa de pedir e pedidos, versando sobre as mesmas circunstâncias, realizando-se nova perícia judicial, para, ao cabo, chegar à idêntica e óbvia conclusão que o serviço público deve ser prestado continuamente e de maneira satisfatória. Isso tudo tão somente em razão da sucessão da empresa concessionária.

## 7.2 O atual posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

No dia 01 de agosto de 2022, foi publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro o Aviso Conjunto TJ/CEDES nº 12/2022, comunicando duas proposições persuasivas aprovadas nas 10ª e 11ª reuniões do Grupo de Direito Cível do CEDES, realizadas em 4 de abril e 9 de maio de 2022, respectivamente.

Trata-se de novo posicionamento adotado pelo TJRJ, que passou a confirmar a sujeição da concessionária Águas do Rio à

eficácia da coisa julgada nas ações propostas contra a Cedae e que, na fase de cumprimento de sentença, devem ser igualmente dirigidas à concessionária do serviço de água e esgoto<sup>163</sup>:

Enunciado 1: É cabível a intimação de Águas do Rio, na condição de terceira juridicamente interessada, para cumprimento da obrigação de fazer imposta por sentença transitada em julgado à CEDAE, quanto ao critério de cobrança da tarifa de água.

Justificativa: Seguindo a orientação de LIEBMAN, em Eficácia e Autoridade da Sentença (Forense, RJ, 3ª ed., p. 89/93), onde se traçam distinções entre os limites subjetivos da coisa julgada e os efeitos naturais da sentença, entende-se que a nova concessionária se encaixa na condição de terceira juridicamente interessada, sujeita aos efeitos reflexos da coisa julgada, uma vez que a relação jurídica proveniente daquela produziu efeitos concretos sobre todas as outras relações e situações jurídicas que possuam conexão com o objeto da sentença, estabelecendo-se uma ordem jurídica

<sup>163</sup> A sujeição da Águas do Rio à eficácia da coisa julgada nas ações propostas contra a Cedae e que, na fase de cumprimento de sentença, devem ser igualmente dirigidas à concessionária do serviço de água e esgoto. Texto integral do Aviso Conjunto TJ/CEDES nº 12/2022 disponível em: <[http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=292616&integra=1](http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=292616&integra=1)>. Acesso em 22 out 2022.

inerente ao serviço assumido, de caráter essencial para toda a sociedade e que envolve destinatários vulneráveis. O caso é distinto da hipótese tratada nos Temas Repetitivos números 467 e 468 do STJ, relativos à sucessão entre Supervia e Flumitrens, cujos precedentes tratavam de responsabilidade por ato ilícito e não propriamente regulavam o serviço prestado. Salienta-se, ainda, a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça que permitem a aplicação de astreintes a terceiros não integrantes da relação jurídico-processual (EDcl no AgRg no RMS n. 66.496/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/3/2022).

Enunciado 2: O ajuizamento de ação em face da Águas do Rio para observância de critério de cobrança da tarifa de água, quando já condenada a CEDAE por sentença transitada em julgado, configura hipótese de falta de interesse processual, possibilitando o indeferimento da petição inicial.

Justificativa: Estando a nova concessionária sujeita aos efeitos reflexos da coisa julgada e bastando sua simples intimação para que cumpra a obrigação de fazer imposta à CEDAE quanto ao critério de cobrança da tarifa de água, mostra-se

desnecessária a tutela correspondente por ação autônoma, em respeito à segurança jurídica.

Com a mudança no panorama, o TJRJ passou a entender que a concessionária Águas do Rio está sujeita aos efeitos reflexos da coisa julgada, já que atua como terceira juridicamente interessada. Isso porque a relação jurídica definida entre a nova concessionária e a CEDAE produz efeitos concretos sobre outras situações jurídicas conexas ao objeto dessas sentenças, estabelecendo-se uma ordem inerente a um serviço tão essencial como é o saneamento.

Outrossim, o TJRJ, ainda antes da publicação dos enunciados transcritos acima, já reconhecia a possibilidade de intimação das novas concessionárias para cumprimento das determinações judiciais em face da CEDAE, consoante a jurisprudência abaixo transcrita:

Agravo de Instrumento. Direito do consumidor. Cumprimento provisório de sentença. Serviço de água e esgoto. Decisão que determinou a intimação pessoal da concessionária sucessora para que proceda com as cobranças do abastecimento de água com base no consumo registrado no hidrômetro. Cobrança efetuada pela agravante através de cálculo que multiplica a tarifa mínima pelo número de unidades autônomas. Contrato de Concessão celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e

a agravante que prevê que a mesma passou a ser a responsável pela cobrança e arrecadação das tarifas decorrentes da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a partir de 01/11/2021. Agravante que ao assumir a operação anteriormente desenvolvida pela CEDAE, sub-roga-se nos direitos e deveres desta, inclusive recebendo o preço do serviço, inteligência do art. 1.148 CC. Sucessão processual que se impõe. Art. 109, §3º CPC. Impossibilidade real e objetiva de cumprimento da obrigação por parte da antiga concessionária. Consumidor que não pode ser prejudicado em sua pretensão diante de discussão entre concessionárias. Manutenção da decisão. Desprovisionamento do recurso<sup>164</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das maiores adversidades sociais enfrentadas pelo Estado do Rio de Janeiro nos últimos anos é a precariedade com que os serviços de distribuição de água e de captação e tratamento de esgoto são prestados, notadamente nas regiões periféricas e nas

<sup>164</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0017165-89.2022.8.19.0000 – Agravante: Águas do Rio 4 SPE S/A. Agravado nº 1: Condomínio do Edifício Porto Brasilis. Agravado nº 2: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia – Quinta Câmara Cível – Julgamento em: 26/07/2022.

comunidades fluminenses. A deficiência de saneamento básico em regiões de responsabilidade da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) resultava cada vez mais na péssima qualidade de vida dos moradores dessas localidades que, não vislumbrando outra alternativa, se viam obrigados a requerer judicialmente uma prestação satisfatória desse serviço tão essencial.

Com o objetivo de tornar as metas de universalização dos serviços determinadas pelo Novo Marco do Saneamento Básico mais atingíveis, e diante das condições determinadas pela União para que o Estado do Rio de Janeiro aderisse ao Regime de Recuperação Fiscal, o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDS) elaborou um projeto de concessão que consistia em dividir as regiões atendidas pela CEDAE em quatro blocos, de modo a buscar o equilíbrio da arrecadação e tornar cada bloco mais atrativo aos investimentos privados.

Após o regular procedimento licitatório, dois leilões foram realizados no ano de 2021, oportunidade em que as concessionárias Águas do Rio, Iguá e Rio+Saneamento tornaram-se responsáveis pela manutenção e instalação de redes de distribuição de água, pelo sistema de coleta e tratamento de esgoto e também pela gestão comercial. Ou seja, todas as obrigações que anteriormente pertenciam à CEDAE – como a realização de novas matrículas, parcelamento de dívidas e instalação de hidrômetros –, ao final da fase de operação assistida, passaram a ser de responsabilidade das novas empresas.

Tendo isso em vista, a presente pesquisa confirma a hipótese de que as novas concessionárias prestadoras do serviço de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro atuam como sucessoras processuais da CEDAE e, por esse motivo, deverão responder às obrigações determinadas judicialmente em títulos executivos originalmente direcionados à Companhia.

Isso porque a coisa julgada alcança as partes do processo e as que as sucedem na relação processual, nos termos do artigo 109, § 3º do Código de Processo Civil de 2015, assim como as que são solidárias no cumprimento de sentença, consoante o artigo 28, § 3º, do mesmo diploma legal, em virtude da interdependência entre as diversas relações jurídicas.

Isto é, toda a ação de obrigação de fazer ajuizada em face da CEDAE – nesse caso, alienante –, deverá ser executada contra o adquirente da coisa litigiosa, ou seja, a concessionária atualmente responsável pela região determinada na demanda, como se o serviço público ainda pertencesse à parte vencida, uma vez que o ordenamento jurídico determina que o título executivo contra o citado na fase de conhecimento atingirá o seu sucessor.

Dessa forma, as novas concessionárias atuam como sucessoras processuais da CEDAE, haja vista que se tornaram titulares de todos os ônus e faculdades que eram anteriormente atribuídos à Companhia antecessora. Melhor dizendo, mesmo que a nova concessionária não tenha sido citada ao longo da fase de cognição do

processo original, até porque sua obrigação nasceu a partir de sua assunção pelo resultado da licitação, houve alteração superveniente da titularidade dos serviços concedidos, o que a torna responsável pelo cumprimento da obrigação.

Com efeito, o consentimento das novas concessionárias, que participaram dos notórios e públicos leilões e assinaram os contratos de concessão tendo plena ciência do passivo judicial da CEDAE, permite considerar que elas estavam conscientes de que seriam integral e exclusivamente responsáveis por todos os riscos - possíveis e prováveis - relacionados à exploração e prestação dos serviços.

Ademais, não se mostra razoável que os autores que ingressaram em juízo em face da CEDAE distribuam nova ação tão somente para redirecionar a execução de decisão já transitada em julgado, em observância ao Princípio da Razoável Duração do Processo. Até porque, seria uma petição inicial com a mesma causa de pedir e pedidos, versando sobre as mesmas circunstâncias, realizando-se nova perícia judicial, para, ao final da fase de cognição, se chegar à idêntica e óbvia conclusão que o serviço público deve ser prestado continuamente e de maneira satisfatória.

Outrossim, em relação às demandas processuais que ainda estão em fase cognitiva, conclui-se que é válida a emenda da petição inicial com a finalidade de incluir novo réu no polo passivo, já que esse ato não pode ser considerado prejudicial a nenhuma parte, estando assegurado ao réu ingressante pleno exercício do direito de

defesa e do contraditório.

Necessário destacar que a CEDAE não possui mais ingerência nas localidades que compõem os quatro blocos: cabe, portanto, à concessionária adquirente cumprir a obrigação de fazer determinada pelo Poder Judiciário em face, inicialmente, da Companhia, sob risco de o administrado permanecer um período ainda maior sem a adequada prestação desse serviço, e sob pena de violação do princípio da continuidade do serviço público essencial.

Ainda, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro publicou duas proposições persuasivas aprovadas nas 10ª e 11ª reuniões do Grupo de Direito Cível do CEDES, comunicando seu panorama no sentido de reconhecer a sujeição concessionária Águas do Rio à eficácia da coisa julgada nas ações propostas contra a Cedae e que, na fase de cumprimento de sentença, devem ser igualmente dirigidas à concessionária do serviço de água e esgoto.

Por fim, o que se discute nessas demandas não é a essencialidade do serviço, nem a obrigatoriedade do poder público em realiza-lo. Trata-se de questão meramente processual: o redirecionamento da execução em face da nova concessionária. Mas o que não pode ocorrer, de forma alguma, é que uma discussão como essa prejudique diretamente a parte autora da demanda – e todos os moradores daquela localidade –, que busca tão somente a prestação de um serviço público essencial apropriado, ao qual possui direito.

Afinal, o que se pretende ao judicializar essa questão é tão somente a obtenção do serviço de saneamento adequado, digno e eficiente.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Manual de Direito Administrativo – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

ARAÚJO JR., Gediel Claudino de. Código de Processo Civil Anotado: dicas de prática jurídica - São Paulo: Atlas, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 15 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo

Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 28 jun. 1989

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 13 fev. de 1995.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Lei responsável por atualizar o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final

ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de julho de 2020. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm)>. Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.462 – Recorrente: BRASIL TELECOM S/A - FILIAL MATO GROSSO DO SUL. Recorrido: CATARINA TOSTA GARCIA E OUTROS. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em: 07/05/2013. DJe. 18/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0017165-89.2022.8.19.0000 – Agravante: Águas do Rio 4 SPE S/A. Agravado nº 1: Condomínio do Edifício Porto Brasilis. Agravado nº 2: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia – Quinta Câmara Cível – Julgamento em: 26/07/2022.

CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

CEDAE. A concessão dos serviços de distribuição de água e captação e tratamento de esgoto como condição para que o Estado do Rio de

Janeiro aderisse ao Regime de Recuperação Fiscal. Disponível em: <<https://cedae.com.br/oquemudou>> Acesso em: 21 out. 2022

CEDAE. A fase de Operação Assistida ocorrida após a assinatura dos contratos. Disponível em: <<https://cedae.com.br/operacaoassistidaconcessionarias>> Acesso em: 10 out. 2022

CEDAE. As regiões fluminenses arrematadas pela concessionária Águas do Rio. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>>. Acesso em: 10 out. 2022

CEDAE. As regiões fluminenses arrematadas pela concessionária Iguá. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaigua>>. Acesso em: 10 out. 2022

CEDAE. As regiões fluminenses arrematadas pela concessionária Rio+Saneamento. Disponível em: <<https://cedae.com.br/concessionariaaguasrio>> Acesso em: 10 de outubro de 2022

DELLORE, Luiz. Comentários ao Código De Processo Civil – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FRADERA, Vera Maria Jacob; ESTEVEZ, André Fernandes; RAMOS, Ricardo Ehresperger – coordenadores - Contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil / coord. Pedro Lenza – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARCATO, Antonio C. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2022.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Direito Processual Civil – São Paulo: Atlas, 2019;

RIO DE JANEIRO. Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário nos Municípios do Bloco 2. Disponível em: <<https://transparencia.pmpm.tj.gov.br/webrun/tmp/PortalServices/Contrato-Concessao.pdf>> Acesso em: 14 de outubro de 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Comunicado: A sujeição da Águas do Rio à eficácia da coisa julgada nas ações propostas contra a Cedae e que, na fase de cumprimento de sentença, devem ser igualmente dirigidas à concessionária do serviço de água e esgoto. Disponível em: <[http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=292616&integra=1](http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=292616&integra=1)>. Acesso em: 22 out 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo em Recurso Especial nº 0006735-78.2022.8.19.0000. Agravante: Genival Celestino da Silva. Agravado: Águas do Rio 1 SPE S/A. Relator: Desembargador Edson Vasconcelos. Terceira Vice-Presidência. Julgamento em: 08 de setembro de 2022.

SÁ, Renato Montans de. Manual de direito processual civil – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVEIRA, Daniel; MELLO, Káthia. Leilão da Cedae arrecada mais de R\$ 22 bilhões pelos blocos 1, 2 e 4; bloco 3 não recebe oferta. Portal G1. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/30/primeiro-lote-do-leilao-da-cedae-e-vendido-com-mais-de-100percent-de-agio-sobre-o-lance-inicial.ghtml>> Acesso em: 21 out. 2022

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. Disponível em: <[http://appsnis.mdr.gov.br/indicadores/web/agua\\_esgoto/mapa-esgoto/?cod=33](http://appsnis.mdr.gov.br/indicadores/web/agua_esgoto/mapa-esgoto/?cod=33)>. Acesso em: 21 out. 2022.

TEIXEIRA, Vanessa Ferrari - Prevenção e solução de conflitos em consórcios empresariais – São Paulo : Almedina, 2017.

THEODORO JR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## **EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 E REGULAÇÃO NO RIO DE JANEIRO EM CONTRAPOSIÇÃO À LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA**

**Eduardo Azeredo Rodrigues**

Doutorando em Direito pelo PPGDIN da UFF. Mestre em Direito pela Estácio de Sá. Professor da EMERJ e do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE RJ). Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. earodrigues@id.uff.br.

**Ana Clara Pinheiro Pinhal e Azeredo Rodrigues**

Graduando do 7º período do Curso de Direito da Universidade Unilasalle-RJ.  
Ex estagiária da 3a e 7a Varas Cíveis da Defensoria Pública de Niterói.  
ana.pinhal@soulasalle.com.br.

**Matheus Felgueiras de Miranda**

Graduando do 7º período do Curso de Direito da Universidade Unilasalle-RJ.  
Ex-estagiário da 2a e 4a Varas Cíveis da Defensoria Pública de Niterói.  
matheus.miranda@soulasalle.com.br.

### **RESUMO**

Este estudo aborda as consequências na regulação econômica realizada no Estado do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia de Covid-19 em contraposição ao preconizado na Lei de

Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019<sup>165</sup>). Em decorrência da excepcionalidade da situação vivenciada, houve a mitigação do princípio da liberdade econômica em prol da proteção do interesse público e do direito à saúde. No entanto, tais medidas restritivas devem ser implementadas com extrema cautela, com ponderação dos princípios envolvidos.

Palavras-chaves: Covid-19. Regulação Econômica. Lei de Liberdade Econômica.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o início de 2020, o fenômeno da pandemia vem sendo o foco principal de governos e de sociedades devido à escalada da disseminação do Sars-Cov-2 nas populações em todo o mundo. Com a crise pandêmica, a realidade econômica dos países foi completamente alterada. O contágio do coronavírus não afetou somente a área da saúde, mas se refletiu em todos os nichos econômicos e sociais, trazendo uma recessão econômica mundial, ainda que houvesse variações locais em seu impacto.

Em 11 de março de 2020, Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), declarou que a Covid-19, devido a suas proporções, havia se tornado uma pandemia<sup>166</sup>. Os

<sup>165</sup> BRASIL. Lei Ordinária nº 13.874/2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm). Consulta em 14 set. 2022.

<sup>166</sup> Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia | ONU

impactos globais foram de tal monta que literalmente transformaram o mundo como conhecemos.

Devido à crise, estados e municípios brasileiros adotaram medidas de distanciamento social, cada qual, introduzindo suas respectivas providências em intensidades e momentos distintos<sup>167</sup>. Em alguns locais, como no Rio de Janeiro, o isolamento foi decretado logo após a declaração da OMS, mais especificamente no dia 20 de março de 2020<sup>168</sup>. O índice de restrição chegou a 85%. A prefeitura, com dados da parceria entre o Centro de Operações Rio (COR) e a empresa de inteligência artificial Cyberlabs, continuou por toda pandemia mapeando os níveis de pessoas que transitavam pelas ruas e os impactos que o município enfrentava advindo disto<sup>169</sup>.

Como consequência da crise, essa heterogeneidade foi intensificada, possibilitando que os entes adotassem diferentes

News. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>. Consulta em: 22 set. 2022.

<sup>167</sup> MORAES, Rodrigo Fracalossi de. Medidas legais de incentivo ao distanciamento social: comparação das políticas estaduais e prefeituras das capitais do Brasil. In: Repositório do Conhecimento do IPEA. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10096/1/BAPI\\_N22\\_COVID%2019\\_Artigo%208.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10096/1/BAPI_N22_COVID%2019_Artigo%208.pdf). Consulta em: 23 set. 2022.

<sup>168</sup> Medidas de isolamento social no Rio de Janeiro vão ser prorrogadas por 15 dias. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/medidas-de-isolamento-social-no-rio-de-janeiro-va-ser-prorrogadas-por-15-dias.shtml>. Consulta em: 22 set. 2022.

<sup>169</sup> Quarentena: Cai taxa de isolamento social na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/medidas-de-isolamento-social-no-rio-de-janeiro-va-ser-prorrogadas-por-15-dias.shtml>. Consulta em 22 set. 2022.

medidas restritivas de direitos e liberdades públicas, a depender do avanço da doença na respectiva área geográfica<sup>170</sup>.

O prenúncio da autonomia desses entes foi recentemente verticalizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341/2020<sup>171</sup>, reforçando o papel das autoridades sanitárias e gestores públicos locais na adoção de providências normativas e administrativas contra a Covid-19<sup>172</sup>.

Diante deste cenário, o presente artigo examina o modo como os governos estadual e municipal enfrentaram os impactos socioeconômicos decorrentes do Covid-19 no Rio de Janeiro, utilizando-se da regulação estatal vigente em contraposição ao preconizado na Lei n. 13.874/2019, a Lei de Liberdade Econômica.

## 2 IMPACTOS DA COVID-19

<sup>170</sup> ALVES, Sandra Mara Campos; RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia. Decretação de lockdown pela via judicial: medida (des)necessária?. In: Cadernos de Saúde Pública, Espaço Temático: Covid-19 - Contribuições da Saúde Coletiva. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-06-e00116020.pdf>. Consulta em: 22 set. 2022.

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Consulta em 22 set. 2022.

<sup>172</sup> ALVES, Sandra Mara Campos; RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia. Op Cit.

Segundo a OMS, no mundo foram registrados cerca de 604.299.313 casos de Covid-19, 34.477.539 no Brasil<sup>173</sup>, e destes, 2,49 milhões apenas no Estado do Rio de Janeiro<sup>174</sup>. Enquanto isso, por outro lado, o Rio de Janeiro teve 6 mil lojas fechadas apenas em 2020, segundo pesquisa da Confederação Nacional do Comércio (CNC)<sup>175</sup>.

No Estado do Rio, o primeiro pico epidêmico aconteceu em maio de 2020. Em abril de 2021, sozinha, a cidade do Rio de Janeiro contabilizou um total de 245.106 casos confirmados, além de exibir a 5ª maior taxa de mortalidade no Brasil<sup>176</sup>. Isso se dá, principalmente, porque cerca de 1,39 milhões de pessoas vivem em favelas. Esses territórios cresceram desordenadamente ao longo do tempo. Assim, a infraestrutura é bastante precária, assim como as condições de moradia e de saneamento básico são inadequadas. Além disso, o alto número de familiares e a baixa renda per capita, favorece a incidência de doenças como a Covid<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> Coronavírus Brasil (saude.gov.br). Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>174</sup> COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University. Disponível em: <https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>175</sup> CNC aponta o fechamento de 75 mil lojas em 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-03/cnc-aponta-fechamento-de-75-mil-lojas-em-2020>. Consulta em 13 set. 2022.

<sup>176</sup> MARTINS, Adriana Sotero. et al. Condições socioeconômicas e impactos da pandemia da Covid-19 na região da Sub-Bacia do Canal do Cunha, Rio de Janeiro. Condições socioeconômicas e impactos da pandemia da Covid-19 na região da Sub-Bacia do Canal do Cunha, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104202213303>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>177</sup> Cerca de 8% da população brasileira mora em favelas, diz Instituto Locomotiva. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cerca-de-8-da-populacao->

Mais recentemente, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) fez uma pesquisa<sup>178</sup> com foco nas favelas do Rio de Janeiro que identificou que a incidência e a mortalidade da doença são menores nos bairros com maior concentração de favelas, ao passo que a letalidade é muito maior, o que pode ser reflexo de pouco acesso à testagem e problemas na identificação da causa dos óbitos nas comunidades mais pobres da cidade<sup>179</sup>.

Contudo, após a paralisação estadual devido à taxa de contaminação pelo vírus, a implementação das medidas de isolamento trazidas pelo Decreto 47.068/2020<sup>180</sup>, - apesar da sua indiscutível importância - trouxe grandes consequências ao setor de comércio e à economia em geral.

Em meio a isso, o Estado e seus respectivos municípios, com o intuito de combater - ou ao menos diminuir - os impactos devastadores da pandemia, implementaram medidas e programas para

brasileira-mora-em-favelas-diz-instituto-locomotiva/. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>178</sup> Boletim Socioepidemiológico da Covid-19 nas Favelas - Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): Ciência e tecnologia em saúde para a população brasileira. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/documento/3o-boletim-socioepidemiologico-da-covid-19-nas-favelas>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>179</sup> MIRANDA, Pedro. et al. Aspectos Socioeconômicos da Covid-19: O que dizem os dados do Município do Rio de Janeiro? Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10155/1/NT\\_72\\_Diset\\_AspecSocioeconCOVID-19RJ.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10155/1/NT_72_Diset_AspecSocioeconCOVID-19RJ.pdf). Consulta em 13 set. 2022.

<sup>180</sup> RIO DE JANEIRO. Decreto n° 47.068/2020. Disponível em: [http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portallapp/pages/navigation-renderer.jspx?\\_afzLoop=83123725319066335&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC42000008229&\\_adf.ctrl-state=j2tt05ixv\\_9](http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portallapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afzLoop=83123725319066335&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC42000008229&_adf.ctrl-state=j2tt05ixv_9). Consulta em: 23 set. 2022.

auxiliar a população. O município de Niterói, por exemplo, criou o programa Busca Ativa, que oferecia 500 reais mensais para os pescadores artesanais que, devido ao Decreto Municipal 13.588/2020<sup>181</sup> que fechou as principais praias, ficaram sem sua fonte de subsistência<sup>182</sup>. Outras categorias também foram atingidas com esse auxílio, como os ambulantes e artesãos.

De outro ângulo, pouquíssimos trabalhadores conseguiram de fato sacar o dinheiro, uma vez que para o mesmo eram necessários documentos que oficializam o trabalho nessas atividades, o que era extremamente difícil, se atendo ao fato de que a maior parte desses cidadãos vive em situação de vulnerabilidade.

No dia 18 de março de 2020, declarou-se estado de emergência em saúde pública no município de Maricá. O mesmo injetou cerca de 5,4 milhões de mumbucas<sup>183</sup> nos programas econômicos para ajudar a população a enfrentar a crise. Maricá foi exemplo para muitos locais do Brasil devido aos diversos feitos durante a pandemia. Temos como exemplo o Decreto 499/2020<sup>184</sup>

<sup>181</sup> NITERÓI. Decreto n° 13.588/2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/decreto/2020/13588/13588/decreto-n-13588-2020-regulamenta-o-procedimento-para-aplicacao-da-lei-municipal-n-3495-que-veda-a-permanencia-e-o-tr-nsito-em-vias-praias-equipamentos-locais-e-pracas-publicas-dentro-do-municipio-de-niteroi-a-partir-de-11-de-maio-ate-o-dia-15-de-maio-de-2020-em-descompasso-com-as-medidas-temporarias-de-isolamento-social-estabelecidas-pelo-poder-executivo-municipal-em-razao-da-epidemia-de-covid-19>. Consulta em: 23 set. 2022.

<sup>182</sup> PINTO, Pedro Benicio Almeida; BASTOS, Rafael Schneider; SOUSA, Everthon Cosme de. Impactos da Pandemia de Covid-19 na atividade pesqueira artesanal de Itaipu. Disponível em: <https://revistameres.com.br/index.php/files/article/view/92/105>. Consulta em 13 set. 2022.

<sup>183</sup> Nome dado a moeda local.

<sup>184</sup> MARICÁ. Decreto n° 499/2020. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/wp->

que antecipou o Abono Natalino de indivíduos que estavam cadastrados no programa de Renda Básica de Cidadania, no valor de 130 mumbucas por indivíduo. Logo após, a Lei Municipal 2.921/2020<sup>185</sup> aumentou o valor da transferência para 300 mumbucas mensais<sup>186</sup>.

Além disso, houve medidas como cestas básicas para alunos da rede pública<sup>187</sup> e linha de crédito para empresários de Maricá, que poderia chegar a R\$50 mil. Para mais, a prefeitura adiou a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) fixo dos comerciantes e do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) dos idosos (acima de 60 anos) até que a situação fosse normalizada<sup>188</sup>.

Outrossim, por meio da Lei n° 2.929/20<sup>189</sup>, a Prefeitura do Município de Maricá criou o Programa de Amparo ao Emprego

---

[content/uploads/2022/08/decreto\\_499\\_de\\_18\\_de\\_mar\\_o\\_de\\_2020.pdf](#).  
Consulta em 13 set. 2022.

<sup>185</sup> MARICÁ. Lei Municipal n° 2.921/2020. Disponível em: [https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei\\_2921\\_2020\\_de\\_24\\_de\\_mar\\_o\\_de\\_2020.pdf](https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei_2921_2020_de_24_de_mar_o_de_2020.pdf).  
Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>186</sup> Jornal Oficial de Maricá n° 499. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/jom-499.pdf>.  
Consulta em 14 set. 2022.

<sup>187</sup> Isso se deu devido ao fato de que muitos destes faziam todas as refeições na escola e esta estava impedida de abrir.

<sup>188</sup> SILVA, Jéssica Lago da. et al. Políticas Socioeconômicas de reação à crise da Covid-19 no Município de Maricá, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10198/1/bmt\\_69\\_PolSocioec.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10198/1/bmt_69_PolSocioec.pdf).  
Consulta em 14 set. 2022.

<sup>189</sup> MARICÁ. Lei Municipal n° 2.929/20. Disponível em: [https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei\\_2929\\_2020\\_de\\_13\\_de\\_maio\\_de\\_2020.pdf](https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei_2929_2020_de_13_de_maio_de_2020.pdf).

(PAE), que buscava proteger trabalhadores do mercado formal: Microempresas com até 49 funcionários e microempreendedores individuais (MEIs) recebem 1 salário mínimo para diminuir o impacto sobre suas famílias<sup>190</sup>.

No Rio de Janeiro, o Instituto Pereira Passos (IPP) tem disponibilizado diariamente as informações relativas aos municípios, que permitem fazer uma análise preliminar por bairros de residência das pessoas infectadas<sup>191</sup>.

A consequência mais marcante da epidemia, fora o número de mortes, foi o desemprego. Um problema anteriormente estrutural que se intensificou e atingiu milhares de famílias durante a Covid, no Brasil. De acordo com pesquisa da OIT<sup>192</sup>, dentre os setores mais afetados pelo coronavírus, estão os varejistas, serviços de acomodação, manufatura e alimentos:

O impacto nas atividades geradoras de renda é especialmente severo para os trabalhadores desprotegidos e para os grupos mais vulneráveis e que estão na economia informal. O que se verifica em muitos países, além de demissões, é a redução na jornada de trabalho. No Brasil, como o enfrentamento do problema, por parte do poder público, tem sido bastante tímido, os noticiários revelam o crescimento no número de demissões em vários setores, com destaque para os serviços, como hotelaria, bares e restaurantes<sup>193</sup>.

---

Consulta em: 13 set. 2022

<sup>190</sup> SILVA, Jéssica Lago da. et al. Op. Cit. p.159.

<sup>191</sup> MIRANDA, Pedro. et al. Op. Cit. p.7.

<sup>192</sup> Organização Internacional do Trabalho.

<sup>193</sup> COSTA, Simone da Silva. Pandemia e Desemprego no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/SGWCFyFzjzrDwgDJYKcdhNt/?lang=pt&form>

No entanto, conforme assinala o professor Gilberto Bercovici<sup>194</sup> alguns autores, como James Meadway e Adam Tooze, já perceberam que, paradoxalmente, a atual crise sanitária exige justamente a desmobilização de vários setores da economia, dentre eles os segmentos da prestação de serviços, enquanto outros, como o setor industrial, por exemplo, devem ser não só mobilizados, como até ampliados. O referido autor prossegue, pontificando o seguinte:

Tornou-se imprescindível ter que garantir a renda das pessoas, independentemente de estarem empregadas ou não, o abastecimento de produtos básicos e o funcionamento contínuo dos serviços essenciais exigindo a suspensão da lógica mercantil que vem dominando as relações econômicas e sociais nas últimas décadas<sup>195</sup>.

### 3 CONTRAPOSIÇÃO DAS MEDIDAS COM O PRECONIZADO NA LLE

É sabido que no início de 2019, editou-se no Brasil a Medida Provisória n. 881<sup>196</sup>, que instituiu a “Declaração de Direitos de

[at=html](#). Consulta em: 20 set. 2022.

<sup>194</sup> BERCOVICCI, Gilberto. O papel do Direito econômico diante da crise da

Covid-19. In: ConJur.com.br. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/estado-economia-papel-direito-economico-diante-crise-covid-19>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>195</sup> BERCOVICCI, Gilberto, Op. Cit. p.1

<sup>196</sup>BRASIL.. Medida Provisória nº 881/2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

Liberdade Econômica”, revogando artigos de diversas leis ordinárias e alterando institutos jurídicos no Código Civil. Segundo Eduardo Tomasevicius Filho<sup>197</sup> “essa mudança repentina causou perplexidade na comunidade jurídica, o que levou à mobilização para o aperfeiçoamento desse texto legal”. Isto porque, diante das vicissitudes do sistema político brasileiro, corria-se o risco de se ter criado uma declaração efêmera de direitos.

Neste sentido, a Medida Provisória converteu-se rapidamente na Lei ordinária n. 13.874, em 20 de setembro de 2019, sendo esperada uma esclarecimento do que o constituinte considera como liberdade econômica, se propondo a trazer uma maior discrição em como o Estado regularia a atividade econômica no país, assim como uma desburocratização dos registros nos meios produtivos, reduzindo assim os custos de transação.

Assim, em contraposição à ideia de liberdade econômica preconizada na Lei 13874/19, a mobilização dos poderes públicos implica, na atual conjuntura, sobretudo no período mais crítico da pandemia, na “necessidade de uma desmobilização massiva, racional e planejada”<sup>198</sup>. Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que “o planejamento e a estruturação do processo econômico exigem, portanto, uma atuação mais presente e intensa do Estado por meio do direito econômico”<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A tal “lei da liberdade econômica”. In: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 114, jan./dez. 2019, p. 101 - 123. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176578/164052>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>198</sup> BERCOVICCI, Gilberto, Op Cit p. 1

<sup>199</sup> OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Naiara Viana de; PIFFER, Carla de. Lei da liberdade econômica e a mitigação dos princípios sociais dos contratos e seus reflexos no covid-19 sob a perspectiva da vedação do retrocesso social. In: v. 28 n. 1 (2020): Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza (EDIÇÃO

Contudo, o recado da Lei 13.874/19 é claro: ganham força a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda* gerando a desejável segurança jurídica, mas em detrimento, são suavizados os princípios sociais, e com isso a possibilidade de afastar cláusulas abusivas<sup>200</sup>.

Porém, havendo colisão entre direitos fundamentais e sociais nas relações privadas, a manutenção da autonomia da vontade jamais deve sobrepujar o interesse público, cabendo ao estado impor limitação<sup>201</sup>.

Depois de convertida a referida Medida Provisória na Lei de Liberdade Econômica, sobreveio, no dia 20 de março de 2020, o Decreto Legislativo nº 6<sup>202</sup>, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101<sup>203</sup>, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020<sup>204</sup>.

---

ABERTA). Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista1/article/view/388>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>200</sup> OLIVEIRA, Rafael; MELO, Naiara Viana de; PIFFER, Carla de. Op Cit cap 3.

<sup>201</sup> Loc. cit.

<sup>202</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 6/2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Consulta em: 14 set. 2022.

<sup>203</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 101/2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>204</sup> BRASIL. Mensagem nº 93/2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1867428](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867428). Consulta em: 13 set. 2022.

Haveria também instrumentos que possibilitaram ao Governo ser capaz de lidar melhor com uma situação de crise como esta, como a Lei Delegada nº 4, de 1962<sup>205</sup>, que tinha por objeto o modo pelo qual o Governo poderia atuar para assegurar a livre distribuição de mercadorias essenciais ao consumo e uso do povo. Tratava-se de medidas excepcionais para o caso de crises de abastecimento<sup>206</sup>.

Porém, tendo em vista a sua revogação expressa pelo artigo 19, I da Lei de Liberdade Econômica, não foi possível o Governo implementar medidas rápidas o suficiente para responder à velocidade da propagação do vírus<sup>207</sup>.

Diante desse quadro, ampliando-se as interpretações, talvez fosse possível supor que a expressão “Declaração de direitos de liberdade econômica” tenha neste novo contexto um cunho mais retórico do que um verdadeiro rol de direitos e garantias, uma vez que pouco se acrescenta ao que já está verdadeiramente declarado e garantido no art. 170 da Constituição Federal<sup>208</sup>, além do que se torna disfuncional para enfrentar os efeitos do isolamento<sup>209</sup>.

Em 1936, John Keynes publicou o livro “A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, onde defendeu que no modelo

---

<sup>205</sup> BRASIL. Lei Delegada nº 4/1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/ldl/ldl04.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ldl/ldl04.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>206</sup> BERCOVICCI, Gilberto. Op Cit p. 2 e 3.

<sup>207</sup> Loc. cit.

<sup>208</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>209</sup> FILHO, Eduardo Tomasevicius. Op Cit. p. 106.

capitalista, o mercado deveria ser regulado pelo Estado de forma a garantir o pleno emprego e controlar a inflação, admitindo a intervenção estatal como indispensável ao funcionamento do mercado econômico<sup>210</sup>. Ele acreditava que “(...) em condições de ‘laissez-faire’, talvez fosse impossível evitar grandes flutuações no emprego sem uma profunda mudança na psicologia do mercado de investimentos, mudança essa que não há razão para esperar que ocorra.”<sup>211</sup> Por sua vez, pontifica Moraes<sup>212</sup>:

No entanto, tais intervenções e medidas regulatórias do estado podem ser maléficas à livre iniciativa se usadas de forma descontrolada e sem estudos prévios de suas consequências nas diferentes esferas do âmbito econômico e social, uma vez que das medidas que foram introduzidas, raramente delas ocorreram recuos, ou seja, se revisaram medidas previamente restritivas. Considerando-se as perdas econômicas consideráveis decorrentes da suspensão de várias atividades, isto indica que pressões de associações de classe ou outros grupos/indivíduos que defendem o retorno das atividades econômicas não foram capazes de alterar o comportamento dos governos.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, as ideias de Keynes influenciaram o modelo econômico vigente, como é possível verificar em seu artigo

<sup>210</sup> JACOB, Marcela Moura Castro; ROSSIGNOLI, Marisa; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Intervenção Estatal e Regulação da Economia no Brasil: Uma análise das medidas de enfrentamento da pandemia de Covid-19. In: v. 6, n. 2 (2020) Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/7109>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>211</sup> KEYNES, John Maynard apud JACOB, Marcela Moura Castro; ROSSIGNOLI, Marisa; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Op Cit.

<sup>212</sup> MORAES, Rodrigo Fracalossi de. Op Cit. p.97.

170, no qual determina que além da liberdade econômica, há princípios dos quais o Estado pode utilizar como ferramenta para regular tal liberdade.

Com uma análise dos governos que procederam após a promulgação de nossa Carta Magna pode-se perceber como tal texto constitucional, apesar de prestigiar tanto o modelo liberal, como o modelo keynesiano, deixa margem para atuação governamental a depender do entendimento de cada equipe de governo<sup>213</sup>.

No governo do atual Presidente da República, o Ministro da Economia Paulo Guedes vinha conduzindo a economia brasileira de forma mais liberal do que as anteriores, de acordo com seu ideal econômico. Porém se viu compelido a inclinar-se ao modelo de Keynes, lançando mão de políticas intervencionistas para ajudar tanto empresas como trabalhadores e desempregados.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>214</sup> sustenta que, em situações de risco como essa, que possam comprometer ou trazer riscos aos interesses da coletividade, o administrador público, justificado pela irreversibilidade dos danos, deve tomar as providências necessárias ao seu combate.

As medidas de isolamento social que visavam à contenção do número de infectados ao longo do tempo, de forma a não sobrecarregar o

<sup>213</sup> JACOB, Marcela Moura Castro; ROSSIGNOLI, Marisa; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Op Cit. p. 6.

<sup>214</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23.

sistema de saúde, diante da alta velocidade de propagação e contágio da doença, fez ressurgir a polarização entre economia e saúde<sup>215</sup>.

Destarte observa-se um claro dilema em questão, pois o previsto no entendimento econômico do qual o legislador brasileiro se baseia, e o Governo tentava pôr em prática segundo sua ideologia, estava no sentido oposto à uma necessidade ainda maior de se fazer valer das suas atribuições de intervir na autonomia do mercado pelo risco de se ter um colapso total no sistema de saúde.

Desta “virada de leme” surgiram diversas implicações na economia dos Estados, sobretudo o do Rio de Janeiro, tendo sido um dos piores estados em quesito de fechamento de comércios, e conseqüentemente no aumento do desemprego, principalmente quando se observa a porcentagem do nível de desocupação das pessoas acima de 14 anos de idade ou mais entre o 3º trimestre de 2020 e o 2º trimestre de 2021<sup>216</sup>.

Isto gerou um aumento de ações com o aumento de novos pedidos de recuperações judiciais e falências, sobretudo as pequenas e médias empresas, que foram as mais afetadas pela paralisação<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> NEY, Marcia Silveira; GONÇALVES, Carlos Alberto Grisólia. A bipolaridade da crise sanitária: sofismas economicistas e impactos sociais na pandemia do coronavírus. *Physis*, vol. 30, n. 2, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/s0103-73312020300212>. Consulta em: 20 set. 2022.

<sup>216</sup> Sistema IBGE de Recuperação Automática - SIDRA. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadct/rio-de-janeiro>. Consulta em: 16 set. 2022.

<sup>217</sup> SANDES, Fagner; PIMENTEL, Claudia. Análise Juseconômica dos impactos da pandemia da Covid 19 no Estado do Rio de Janeiro. Artigo apresentado e aprovado no I Congresso Digital COVID-19 Repercussões Jurídicas e Sociais da

Segundo dados constantes no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro:

Foram distribuídas aproximadamente 4330 ações no ano de 2020, 6.028 ações no ano de 2021 e até 01/06/2022 foram 3.269 ações de recuperação judicial e falência(...) Vale destacar, a título de exemplificação e ratificação, que no centro do Rio de Janeiro (capital do Estado do Rio de Janeiro), diversos restaurantes e lojas não suportaram a paralisação das atividades, uma vez que não tinham meios de manter o elevado custo do negócio com portas fechadas e nem todos tinham como se reinventar no mercado<sup>218</sup>.

Tais pesquisas levam à dedução de haver também uma correlação entre as medidas regulatórias adotadas e o devido investimento econômico do Estado com o Judiciário, além de uma compreensível demora para que se consiga lidar com uma demanda excessiva de ações.

Por outro lado, observou-se outras tentativas de tratamento da antes mencionada crise econômica, tendo o Governo Brasileiro recorrido a uma série de medidas intervencionistas de forma a buscar manter o equilíbrio econômico, os empregos, e garantir a sobrevivência dos negócios do país. Uma delas, por exemplo, foi o Auxílio Emergencial<sup>219</sup> - Decreto 10.661/21<sup>220</sup>, que regulamentou a Medida

Pandemia, organizado pela OAB, no prelo.

<sup>218</sup> Pedidos de Falência TJRJ. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaPedidoFalencia/inicio.do>. Consulta 13 set. 2022.

<sup>219</sup> SANDES, Fagner; PIMENTEL, Claudia. Op Cit.p.7.

<sup>220</sup> BRASIL. Decreto Lei 10.661/21 que regulamenta o Auxílio Emergencial 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-)

Provisória 1.039/21<sup>221</sup>, e instituiu o AE2021 para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. O apoio financeiro foi pago automaticamente, independente de requerimento, ao mesmo público beneficiário do AE de que trata o art 2º da Lei 13.982/20<sup>222</sup> e do AE residual de que trata a Medida Provisória 1.000/20<sup>223</sup>. Assim, o AE2021 foi concedido automaticamente ao trabalhador que estava recebendo, em dezembro de 2020 e que se enquadrou nos critérios exigidos. Com a permanência e o agravamento da Covid-19, o Decreto 10.740/21<sup>224</sup> prorrogou o pagamento do AE2021 por mais três meses. Sendo assim, o benefício manteve a renda dos trabalhadores nos meses de agosto, setembro e outubro de 2021, sendo que o recebimento do AE2021 esteve limitado a 1 beneficiário(a) por família, mesmo que na mesma família houvesse mais de uma pessoa com direito ao auxílio<sup>225</sup>.

Outra delas foi a Medida Provisória nº 936<sup>226</sup> publicada em abril de

[2022/2021/decreto/d10661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/MPv/mpv1039.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>221</sup> BRASIL. Medida Provisória 1.039/21. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/MPv/mpv1039.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/MPv/mpv1039.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>222</sup> BRASIL. Lei nº 13.982/2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>223</sup> BRASIL. Medida Provisória 1000/20. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/MPv/mpv1000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/MPv/mpv1000.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>224</sup> BRASIL. Lei nº 10.740/2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Decreto/D10740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10740.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>225</sup> SANDES, Fagner; PIMENTEL, Claudia. Op Cit p.7 e 8.

<sup>226</sup> BRASIL. Medida Provisória 936/20. Disponível em:

2020 - trouxe regras relacionadas à redução de jornada e salário, a suspensão de contrato de trabalho e a regulamentação do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm), uma renda para compensar os trabalhadores que tiveram a sua jornada ou salário modificado, calculado proporcionalmente a partir do seguro-desemprego do funcionário. Em julho, a Medida Provisória 936 virou a Lei 14.020/20<sup>227</sup>, com algumas alterações no texto, fazendo com que se tornasse uma medida permanente.

Já no âmbito Estadual, em se tratando do Rio de Janeiro, através da Lei n. 9.191 de 02/03/2021<sup>228</sup>, instituiu-se o programa SUPERA RIO para o enfrentamento e combate à crise econômica causada pelas medidas de contenção da pandemia do novo coronavírus.

O benefício foi instituído para pessoas que, comprovadamente, tinham renda mensal igual ou inferior a R\$178,00 e, de preferência, estivessem inscritas no Cadastro Único de Programas Sociais (CadÚnico). Os trabalhadores sem vínculo formal de emprego, que ficaram desempregados durante a pandemia e que não tinham outra renda, também foram beneficiados, mas, em nenhum caso, poderiam estar inscritos em outro benefício, como o Bolsa Família.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/MPv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/MPv/mpv936.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>227</sup> BRASIL. Lei nº 14.020/20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>228</sup> RIO DE JANEIRO. Lei nº 9.191/2021. Disponível em: <https://www.superarj.rj.gov.br/docs/lei-decreto-superarj.pdf>. Consulta em: 13 set. 2022.

Com validade de até 31/12/2021, o auxílio emergencial foi instituído com renda de até R\$300,00 por mês para muitas famílias e uma linha de crédito de até R\$50 mil para autônomos e microempreendedores<sup>229</sup>.

“Isso porque, tal como está organizada na sua forma neoliberal, a economia não pode suportar uma suspensão, ainda que temporária, da circulação de bens e pessoas.”<sup>230</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início de 2020, a OMS declarou que a crise da Covid-19 tomou proporções pandêmicas, o que alterou completamente a realidade econômica do Brasil e do mundo. O vírus afetou as áreas socioeconômicas, ceifou muitas vidas e exigiu medidas regulatórias do Estado para conter a disseminação. Uma das primeiras ações para combater a pandemia foi a imposição do isolamento social, que paralisou o comércio e exigiu da população que permanecesse em casa.

É evidente que o papel do Estado e do direito econômico são essenciais no combate à pandemia, ou seja, aos efeitos negativos das crises econômica e sanitária. Contudo, a implementação do

<sup>229</sup> Programa SuperaRJ. Disponível em: <https://www.superarj.rj.gov.br/>. Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>230</sup> NUNES, João. A pandemia de Covid-19: securitização, crise neoliberal e a vulnerabilização global. Espaço Temático: Covid-19 - Contribuições da Saúde Coletiva. Cad. Saúde Pública 36 (5), Maio, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00063120>. Consulta em: 13 set. 2022.

lockdown resultou no desemprego e falta de esperança para muitos. O Estado, por sua vez, teve que reagir. O direito econômico, em um Governo capaz de planejar e reestruturar os fatores de produção, é ainda mais importante para a reorganização do processo produtivo brasileiro no período pós-crise.

Diversas foram as medidas de combate aos impactos da Covid-19. O Rio de Janeiro, por exemplo, teve, através de seus Municípios, implementações de auxílio para os trabalhadores e cidadãos em geral. Todavia, receber o valor da bonificação não era fácil e acessível, uma vez que, para isso, era necessário possuir diversos tipos de documentos que, na maior parte das vezes, não condiziam com a realidade do trabalhador.

Desta forma, urge a análise e o aprofundamento do debate sobre os respectivos dispositivos legais que preconizam a liberdade econômica e sua relação com o momento vivenciado, tanto quanto a sua eficiência, disponibilidade, aplicabilidade e relevância a fim de que sejam devidamente ponderados os conflitos e contraposições entre o princípio da liberdade econômica e as medidas decorrentes desta pandemia.

Portanto, para além de uma análise ideológica, é evidentemente necessário que se observe a conjuntura completa deste momento histórico inédito para se compreender os pontos existentes e se fazer uma análise qualitativa acerca das tomadas de decisões do Estado, sendo elas mais restritivas ou mais liberais, que afetaram grande parcela da economia brasileira.

Conclui-se ser de grande valia a mudança brusca da agenda econômica do Governo, aplicando uma governança mais voltada aos ideais Keynesianos, posto que, principalmente pelo poder de polícia, o estado conseguiu reduzir a calamidade pública.

Todavia, por outro lado, algumas de suas medidas impostas, especialmente no âmbito dos estados e municípios, poderiam ser interpretadas como excessivas, especialmente no cotejo com o preconizado na Lei 13.874 de 2019, gerando grandes consequências sócio-econômicas cujos reflexos se perpetuam até hoje, tendo o Estado do Rio de Janeiro um dos piores desempenhos em todo o território Federal.

Diante do tudo que foi exposto, conclui-se que deve haver um equilíbrio entre o princípio da liberdade econômica, de matriz constitucional, regulamentado pela referida Lei, e as medidas restritivas no combate às eventuais crises sanitárias que afetem a população, quer em âmbito local, regional ou mesmo mundial, como no caso da corrente pandemia.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sandra Mara Campos; RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia. Decretação de lockdown pela via judicial: medida (des)necessária?. In: Cadernos de Saúde Pública, Espaço Temático: Covid-19 - Contribuições da Saúde Coletiva. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-06-e00116020.pdf>. Consulta em: 22 set. 2022.

BERCOVICCI, Gilberto. O papel do Direito econômico diante da crise da Covid-19. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/estado-economia-papel->

[direito-economico-diante-cri-se-covid-19?imprimir=1](#). Consulta em: 06 set. 2022.

Boletim Socioepidemiológico da Covid-19 nas Favelas - Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): Ciência e tecnologia em saúde para a população brasileira. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/documento/3o-boletim-socioepidemiologico-da-covid-19-nas-favelas>. Consulta em: 11 set. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Consulta em: 13 set.

2022.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 6/2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Consulta em: 14 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 10.661/21. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/decreto/d10661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/decreto/d10661.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101/2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei Delegada nº 4/1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/ldl/ldl04.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ldl/ldl04.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei Ordinária nº 10.740/2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Decreto/D10740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10740.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei Ordinária nº 13.874/2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm). Consulta em 14 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei Ordinária nº 13.982/2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei Ordinária nº 14.020/20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938>. Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Medida Provisória nº 881/19. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Medida Provisória 936/20. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Medida Provisória 1000/20. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Medida Provisória 1.039/21. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1039.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1039.htm). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Mensagem nº 93/2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1867428](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867428). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Consulta em 22 set.2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Cerca de 8% da população brasileira mora em favelas, diz o Instituto Locomotiva. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cerca-de-8-da-populacao-brasileira-mora-em-favelas-diz-instituto-locomotiva/>. Consulta em: 13 set. 2022.

CNC aponta o fechamento de 75 mil lojas em 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-03/cnc-aponta-fechamento-de-75-mil-lojas-em-2020>. Consulta em 13 set. 2022.

COSTA, Simone da Silva. Pandemia e Desemprego no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/SGWCFyFzjzrDwgDJYKcdhNt/?lang=pt&format=html>. Consulta em: 20 set. 2022.

Coronavírus Brasil (saude.gov.br). Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Consulta em: 13 set. 2022.

COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University. Disponível em: <https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>. Consulta em: 13 set. 2022.

JACOB, Marcela Moura Castro; ROSSIGNOLI, Marisa; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Intervenção Estatal e Regulação da Economia no Brasil: Uma análise das medidas de enfrentamento da pandemia de Covid-19. In: v. 6, n. 2 (2020) Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/7109>. Consulta em: 13 set. 2022

Jornal Oficial de Maricá nº 499. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/jom-499.pdf>. Consulta em 14 set. 2022.

MARICÁ. Decreto nº 499/2020. Disponível em: [https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/decreto\\_499\\_de\\_18\\_de\\_mar\\_o\\_de\\_2020.pdf](https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/decreto_499_de_18_de_mar_o_de_2020.pdf). Consulta em 13 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal nº 2.921/2020. Disponível em: [https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei\\_2921\\_2020\\_de\\_24\\_de\\_mar\\_o\\_de\\_2020.pdf](https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei_2921_2020_de_24_de_mar_o_de_2020.pdf). Consulta em: 13 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal nº 2.929/20. Disponível em: [https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei\\_2929\\_2020\\_de\\_13\\_de\\_maio\\_de\\_2020.pdf](https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/lei_2929_2020_de_13_de_maio_de_2020.pdf). Consulta em: 13 set. 2022.

MARTINS, Adriana Sotero et al. Condições socioeconômicas e impactos da pandemia da Covid-19 na região da Sub-Bacia do Canal do Cunha, Rio de Janeiro Condições socioeconômicas e impactos da pandemia da Covid-19 na região da Sub-Bacia do Canal do Cunha, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104202213303>. Consulta em: 13 set. 2022.

Medidas de isolamento social no Rio de Janeiro vão ser prorrogadas por 15 dias. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/medidas-de-isolamento-social-no-rio-de-janeiro-va-ser-prorrogadas-por-15-dias.shtml>. Consulta em: 22 set. 2022.

MIRANDA, Pedro; KOELLER, Priscila; ZUCOLOTO, Graziela; MACHADO, Weverthon; NEGRI, Fernanda de. Aspectos Socioeconômicos da Covid-19: O que dizem os dados do Município do Rio de Janeiro? Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10155/1/NT\\_72\\_Diset\\_AspecSocioeconCOVID-19RJ.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10155/1/NT_72_Diset_AspecSocioeconCOVID-19RJ.pdf). Consulta em 13 set. 2022.

MORAES, Rodrigo Fracalossi de. Medidas legais de incentivo ao distanciamento social: comparação das políticas estaduais e prefeituras das capitais do Brasil. In: Repositório do Conhecimento do IPEA. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10096/1/BAP\\_I\\_N22\\_COVID%2019\\_Artigo%208.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10096/1/BAP_I_N22_COVID%2019_Artigo%208.pdf). Consulta em: 23 set. 2022.

NEY, Marcia Silveira; GONÇALVES, Carlos Alberto Grisólia. A bipolaridade da crise sanitária: sofismas economicistas e impactos sociais na pandemia do coronavírus. Physis, vol. 30, n. 2, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/s0103-73312020300212>. Consulta em: 20 set. 2022.

NITERÓI. Decreto nº 13.588/2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/decreto/2020/1358/13588/decreto-n-13588-2020-regulamenta-o-procedimento-para-aplicacao-da-lei-municipal-n-3495-que-veda-a-permanencia-e-o-trnsito-em-vias-praias-equipamentos-locais-e-pracas-publicas-dentro-do-municipio-de-niteroi-a-partir-de-11-de-maio-ate-o-dia-15-de-maio-de-2020-em-descompasso-com-as-medidas-temporarias-de-isolamento-social-estabelecidas-pelo-poder-executivo-municipal-em-razao-da-epidemia-de-covid-19>. Consulta em: 23 set. 2022.

NUNES, João. A pandemia de Covid-19: securitização, crise neoliberal e a vulnerabilização global. Espaço Temático: Covid-19 - Contribuições da Saúde Coletiva. Cad. Saúde Pública 36 (5), Maio, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00063120>. Consulta em: 13 set. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Naiara Viana de; PIFFER, Carla de. Lei da liberdade econômica e a mitigação dos

princípios sociais dos contratos e seus reflexos no Covid-19 sob a perspectiva da vedação do retrocesso social. In: v. 28 n. 1 (2020):

Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia | ONU News. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>. Consulta em: 22 set. 2022.

Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza (EDIÇÃO ABERTA). Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista1/article/view/388>. Consulta em: 13 set. 2022.

Pedidos de Falência TJRJ. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaPedidoFalencia/inicio.do>. Consulta 13 set. 2022.

PINTO, Pedro Benicio Almeida; BASTOS, Rafael Schneider; SOUSA, Everthon Cosme de. Impactos da Pandemia de Covid-19 na atividade pesqueira artesanal de Itaipu. Disponível em: <https://revistamares.com.br/index.php/files/article/view/92/105>. Consulta em 13 set. 2022.

Programa [SuperaRJ](https://www.superarj.rj.gov.br/). Disponível em: <https://www.superarj.rj.gov.br/>. Consulta em: 13 set. 2022.

Quarentena: Cai taxa de isolamento social na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/medidas-de-isolamento-social-no-rio-de-janeiro-vaio-ser-prorrogadas-por-15-dias.shtml>. Consulta em 22 set. 2022.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 47.068/2020. Disponível em: [http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portal/app/pages/navigation-renderer.jsp?\\_afLoop=83123725319066335&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC42000008229&\\_adf.ctrl-state=j2tt05ixv\\_9](http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portal/app/pages/navigation-renderer.jsp?_afLoop=83123725319066335&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC42000008229&_adf.ctrl-state=j2tt05ixv_9). Consulta em: 23 set. 2022.

\_\_\_\_. Lei nº 9.191/2021. Disponível em: <https://www.superarj.rj.gov.br/docs/lei-decreto-superarj.pdf>. Consulta em: 13 set. 2022.

SANDES, Fagner; PIMENTEL, Claudia. Análise Juseconômica dos impactos da pandemia da Covid 19 no Estado do Rio de Janeiro. Artigo apresentado e aprovado no I Congresso Digital COVID-19 Repercussões Jurídicas e Sociais da Pandemia, organizado pela OAB, no prelo.

SILVA, Jéssica Lago da; SILVA, Rodrigo Carvalho da; FREITAS, Fernando; WALTENBERG, Fábio. Políticas Socioeconômicas de reação à crise da Covid-19 no Município de Maricá, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10198/1/bmt\\_69\\_PolSocioec.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10198/1/bmt_69_PolSocioec.pdf). Consulta em 14 set. 2022.

Sistema IBGE de Recuperação Automática - SIDRA. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadct/rio-de-janeiro>. Consulta em: 16 set. 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A tal “lei da liberdade econômica”. In: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 114, jan./dez. 2019, p. 101 - 123. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176578/164052>. Consulta em: 13 set. 2022.

World Health Organization. Third round of the continuity of essential health services during the COVID 19 pandemic; November/December 2021. Disponível em: [https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-EHS\\_continuity-survey-2022.1](https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-EHS_continuity-survey-2022.1). Consulta em: 06 set. 2022.

## GUERRA RUSSO-UCRANIANA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO E A QUEDA DO EURO

**Eduardo Azeredo Rodrigues**

Doutorando em Direito pelo PPGDIN da UFF. Mestre em Direito pela Estácio de Sá. Professor da EMERJ e do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE RJ). Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. earodrigues@id.uff.br

**Caio Menezes do Amaral**

Graduando do 6º período do Curso de Direito da Universidade Unilasalle-RJ. [amaral.caio96@gmail.com](mailto:amaral.caio96@gmail.com)

**Juliana Scarpa Vieira Peixoto**

Graduanda do 6º período do Curso de Direito da Universidade Unilasalle-RJ. Estagiária da Defensoria Pública da Vara da Infância, Juventude e do Idoso. [julianavpscarpa@gmail.com](mailto:julianavpscarpa@gmail.com)

### RESUMO

Este artigo versa sobre os principais aspectos da guerra Russo-Ucraniana, abordando as motivações históricas que colapsaram este evento e suas consequências econômicas e financeiras desencadeadas, especialmente a queda do Euro. Tal moeda comum na Zona do Euro é adotada pela maioria dos países da União Europeia e obteve a sua maior desvalorização, chegando a 15% (quinze por

cento) no último ano como um dos resultados da guerra em questão e o aumento inflacionário de aproximadamente 8,6%.

Palavras-chaves: Anexação da Criméia. OTAN. União Europeia. Imperialismo. Guerra Russo-Ucraniana. Consequências econômicas. Consequências financeiras. Desvalorização do euro. Recessão. Inflação do euro.

Abstract: The present article intends to discuss main topics related to the war between Russia and Ukraine, based on historical motivations, and mainly, on the economical consequences caused by the conflict. Thus, the depreciation of the Euro, which is the main currency used in the countries of the European Union, of around 15% (fifteen percent) in the past year, followed by an inflationary rise of 8,6% (eight point six percent).

Keywords: Annexation of Crimea, OTAN, Europa Union, Imperialism, War between Russia and Ukraine; Economic consequences; Financial consequences, Euro devaluation; Recession; Inflation of euro.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho aborda os conflitos entre a Rússia e a Ucrânia que vem sendo entravados desde antes do episódio da atual invasão da Ucrânia, assim como a própria guerra em si e ainda os principais resultados globais decorrentes da mesma, especialmente a

desvalorização que o euro sofreu pela proporção que tomou o conflito.

Desde o início das inúmeras crises que assolaram a Zona Euro, muitas medidas foram alvitradas, todavia, nem todas foram aplicadas. Empréstimos exorbitantes foram solicitados ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e, por conseguinte, o inadimplemento por parte dos países do velho continente que foram beneficiados por aqueles. Podem ser citados incontáveis fatores que levam a moeda à desvalorização, posto que economia e globalização não são assuntos fáceis de serem explicados e resumidos, e ainda são resultado da interação de múltiplos aspectos<sup>231</sup>.

O euro, lançado em 1º de janeiro de 1999, tinha como um dos seus objetivos conseguir equilibrar os poderes financeiros entre os países da Europa<sup>232</sup>. Ao todo, atualmente, 19 (dezenove) é o número de países que adotam a moeda como oficial.

A principal problemática apresentada é a sua manifesta instabilidade<sup>233</sup> e como a moeda euro acaba sendo fortemente afetada

<sup>231</sup> Resposta da UE à invasão da Ucrânia pela Rússia. Conselho da UE e Conselho Europeu.

Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-response-ukraine-invasion/>

Acesso em: 8 set. 2022.

<sup>232</sup> Site oficial da União Europeia. História e finalidade do euro. Disponível em: [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/history-and-purpose\\_pt#:~:text=Uma%20moeda%20única%20tem%20muitas,e%20mais%20oportunidades%20aos%20consumidores](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/history-and-purpose_pt#:~:text=Uma%20moeda%20única%20tem%20muitas,e%20mais%20oportunidades%20aos%20consumidores). Acesso em: 9 set. 2022.

<sup>233</sup> PIRES, Samuel. A crise do Euro e o trilema do futuro da União Europeia. Disponível em: <http://samueldepaivapires.com/wp-content/uploads/2022/07/RPCP4-OP-Artigo-Samuel-Paiva-Pires.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

por fatores externos; como por exemplo, a guerra em território ucraniano pelas forças russas; e internos, como as decisões políticas emanadas pelos governantes dos países que fazem parte do bloco econômico europeu. Seguindo o contexto da fragilidade<sup>234</sup> que permeia a principal moeda do continente, a Europa se encontra novamente em um conflito bélico e, à vista disso, em uma possível recessão econômica, sendo este o principal assunto que será esmiuçado neste trabalho.

Elegeram-se este tema por sua importância no cenário atual a nível mundial, sendo o principal debate aqui abordado de caráter informativo, de dados importantes aos quais população em geral não dá a devida atenção. A metodologia utilizada constitui-se basicamente na pesquisa bibliográfica, realizada por meio de artigos científicos de revistas impressas e via internet, utilizando-se do raciocínio dedutivo, que permite que sejam alcançadas conclusões acerca do tema em exame.

## 2 DIREITO E ECONOMIA

Em uma primeira análise, o contexto do Direito Econômico nasce de modo conjunto à Primeira Guerra Mundial, a qual teve como uma das suas principais causas a concorrência econômica entre as potências industrializadas e atuantes no mercado mundial. Assim sendo, sob essa perspectiva, o Estado adotou uma postura de intervenção na economia com o intuito de custear e regular a guerra. Insta mencionar que somente posteriormente à Segunda Guerra

<sup>234</sup> Loc. cit.

Mundial, houve a consolidação de fato da atuação jurídica do Estado na economia.

Por esta razão, pode-se conceituar atualmente o Direito Econômico como um instrumento jurídico que proporciona segurança às práticas econômicas através da garantia de que o Estado possa atuar e intervir na ordem econômica e social<sup>235</sup>. Ainda mais, a aplicação deste instrumento possui como objetivo alcançar o bem estar-social, por meio de assegurar e defender a harmonia dos interesses individuais e coletivos, o que acarreta o desenvolvimento econômico mundial.

Em paralelo, nota-se que o surgimento do Direito Econômico está atrelado ao fator guerra, e no mesmo sentido, nos dias atuais tal instrumento vem sendo afetado pela guerra Russo-Ucraniana. Portanto, o presente artigo objetiva analisar a guerra entre a Ucrânia e a Rússia e seu efeito na economia mundial, mormente no que se refere aos seus impactos no valor do euro.

A invasão iniciada pela Rússia no território da Ucrânia em 24 de fevereiro de 2022<sup>236</sup> se justificou principalmente como um ato de frear a expansão da OTAN e a União Europeia pelo Leste Europeu e as divergências entre os ucranianos pró-ocidentais e os pró-russos. Importante considerar que a tomada do território ucraniano por parte da Rússia condiz com a possibilidade de Putin restabelecer a zona de influência da União Soviética e a possibilidade de adesão da Ucrânia à aliança militar.

<sup>235</sup> FRÓES, Marina. Introdução ao Direito Econômico. JusBrasil. Disponível em: <https://marinavfroes.jusbrasil.com.br/artigos/241500797/introducao-ao-direito-economico> Acesso em: 9 set. 2022.

<sup>236</sup> AGUILAR, S. L. C.; APARECIDO, J. M. A guerra entre a Rússia e a Ucrânia. Série Conflitos Internacionais, v.9, n.1, p.1, fev. 2022.

Cabe ressaltar que o Princípio da Previsibilidade<sup>237</sup>, segundo o qual as ações de um determinado Estado devem ser conciliadas internacionalmente, sendo o direito aplicado no âmbito doméstico simultaneamente ao âmbito internacional, está sendo infringido pela Rússia, visto que esta interferiu no território ucraniano e ainda anexou uma parte deste, evidenciando o desrespeito à soberania da Ucrânia, a violação de direitos de Estado e a incompatibilização do ordenamento jurídico internacional. À vista disso, é notório que a Rússia refuta a segurança internacional e a paz mundial, preceitos assegurados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Por outro lado, é possível analisar que não foram apenas as tensões russos-ucranianas que violaram com o Princípio da Previsibilidade. Em situação semelhante, a própria OTAN em 1999 se utilizou do seu próprio poder em uma ação considerada ilegal contra a Sérvia, assim como os norte-americanos em 2003 também utilizaram de seu poder da mesma forma para invadir o Iraque.<sup>238</sup> Ambas as grandes potências justificaram suas ações em prol de interesses humanitários; todavia, constata-se que na realidade tais atos foram absurdamente desumanos e bárbaros.

### 3 PROBLEMÁTICA DA MOEDA EURO

<sup>237</sup> BIJOS, L.; MONTE, F. A. Rússia e Ucrânia: uma análise dos princípios da segurança, estabilidade e previsibilidade internacionais. Revista Direito em Ação, Brasília, v.14, n.1, p. 83, jan./jun. 2015.

<sup>238</sup> SILVEIRA, N. C.; ARRIS, L. F. R. Invasão do Iraque: quinze anos de crimes de guerra sem julgamento. Conjuntura Internacional, P.U.C Minas. maio. 2018. Disponível em: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2018/05/07/invasao-do-iraque-quinze-anos-de-crimes-de-guerra-sem-julgamento/>. Acesso em 8 set. 2022.

Primeiramente, é mister ressaltar que a moeda euro já sofre certa instabilidade desde os seus primórdios. Com advento da moeda predominante no território europeu, que ocorreu em janeiro de 1999 e, posteriormente, sua implementação em 2002, veio também um sentimento de desconfiança.

Em entrevista dada ao jornal britânico *The Telegraph* no ano de 2011<sup>239</sup>, um dos principais arquitetos do euro, Jacques Delors (presidente da Comissão Europeia entre 1985 e 1995), já apontava que os problemas relacionados à moeda europeia e à Zona do Euro eram apresentados como divergência na época de sua criação. A falta de poderes centrais para coordenar políticas econômicas permitiu que alguns países membros contraíssem dívidas insustentáveis, como foi o caso da Grécia, que sofre com os efeitos do seu inadimplemento da dívida de 1,6 bilhão de euros com o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Nesse sentido, Carla Guapo Costa<sup>240</sup> constata um dos principais problemas de uma moeda monetária única:

A inserção num regime de taxas de câmbio fixas (primeiro vértice), com livre circulação de capitais (segundo vértice), conduz à

<sup>239</sup> MOORE, Charles. Jacques Delors interview: euro would still be strong if it had been built to my plan. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/8932640/Jacques-Delors-interview-Euro-would-still-be-strong-if-it-had-been-built-to-my-plan.html>. Acesso em: 8 set. 2022.

<sup>240</sup> COSTA, Carla Guapo. Economia E Política Da Construção Europeia: Os Desafios do Processo de Integração. Lisboa: Terramar, 2004.

perda de autonomia da política monetária (terceiro vértice), a não ser que se trate da economia líder da zona em causa.

De acordo com o pensamento apresentado, Benjamin Cohen<sup>241</sup> denomina esse triângulo como *Unholy Trinity* e esclarece que a cooperação monetária internacional é difícil de manter pois a tentativa de prosseguir com as três vértices em simultâneo leva à erosão dos compromissos de cooperação, que, no caso, são as soberanias. O raciocínio de Cohen foi tão influente que na época o próprio *Bundesbank* (banco central alemão) se mostrou a favor de primeiramente ser estabelecida uma união política antes de ser criada a moeda única.

Em uma perspectiva histórica e econômica, no ano de 2008, por leniência do Fed (*Federal Reserve System* - Banco Central dos EUA) durante sua formação, ocorreu a “bolha imobiliária” nos Estados Unidos<sup>242</sup>, tendo afetado todo o globo. Todavia, somente a Europa sofre com os resquícios provenientes desta crise até os dias atuais. Tendo as fragilidades da União Econômica e Monetária (UEM) ficado expostas com referido cenário, pode-se afirmar que grupos internacionais que utilizam moeda única perdem a capacidade de emitir dívidas em moeda própria.

Segundo Paul De Grauwe<sup>243</sup>, essa ausência de capacidade efetivada

<sup>241</sup> BENJAMIN, Cohen, The Triad and the Unholy Trinity: Problems of International Monetary Cooperation, em *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*, ed. Jeffy A. Frieden e Davia A. Lake, (London: Routledge 2000);

<sup>242</sup> BULLIO, Olívia et al. A atuação do Fed antes e depois do estouro da bolha imobiliária: discricionariedade e mandato de bancos centrais em contexto de desregulamentação financeira. *Economia e Sociedade*. 2011, v. 20, n. 2.

<sup>243</sup> De GRAUWE, Paul. The Political Economy of the Euro, Reino Unido, Annual

pela não utilização da moeda própria é o elemento-chave para compreender a crise do euro, sendo a teoria das Zonas Monetárias Ótimas (ZMO) não analisada suficientemente para uma boa aplicação na criação da União Econômica e Monetária (UEM).

Defronte à situação contextualizada, alguns países que participam, ou participaram por algum momento na história da União Europeia, não utilizam o euro como moeda oficial. Exemplo disso é o Reino Unido. Este já fez parte do grupo europeu, tendo sua saída oficializada em janeiro de 2020, contudo, no período em que fez parte, utilizou sua própria moeda, a Libra Esterlina. No total, a União Europeia possui 27 integrantes, sendo 19 o número de países que fazem parte da Zona do Euro<sup>244</sup>.

Analisando de forma atenta, esta situação não é sustentável a longo prazo, pois há necessidade de adoção de diferentes formas políticas para controlar tal instabilidade monetária. É aparentemente mais viável a criação de um novo órgão único, ou reformulação completa da política monetária adotada pelo Banco Central Europeu, sendo este competente para analisar as situações dos Estados-membros. Desta forma, tal órgão deve ser o mais imparcial possível. Todavia, nos dias atuais, o banco é indubitavelmente influenciado pela maior potência econômica do continente, a Alemanha, o que acaba trazendo uma possível disparidade no que tange ao tratamento e comportamento da organização referente aos outros integrantes do bloco econômico.

Reviews, p. 158.

<sup>244</sup>Site Oficial da União Europeia. Países que fazem parte da União Europeia. Disponível em: [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/countries-using-euro\\_pt#:~:text=Atualmente%2C%20o%20euro%20\(€\),oficialmente%20«área%20do%20euro»](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/countries-using-euro_pt#:~:text=Atualmente%2C%20o%20euro%20(€),oficialmente%20«área%20do%20euro».). Acesso em 10 set. 2022.

Todas essas vulnerabilidades estruturais apresentadas somadas com a crise energética, ameaça de uma possível recessão econômica, conflitos bélicos em solo europeu, inércia e incapacidade de gerir em momentos por parte do Banco Central Europeu, colocam o euro em má postura.

#### 4 MOTIVAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA GUERRA

De início, ressalta-se que em 21 de dezembro de 1991, o mundo foi comunicado que 11 das 15 repúblicas pertencentes à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) formalizaram a fundação de uma nova organização, a Comunidade de Estados Independentes (CEI), e assim diversos países se tornaram independentes como Geórgia, Armênia, Bielorrússia, Estônia, Azerbaijão e Ucrânia<sup>245</sup>. Após a dissolução da URSS, a atual Ucrânia - maior país em extensão territorial totalmente europeu e o segundo país mais extenso do continente - declarou sua independência, sendo reconhecida, portanto, como uma nação autônoma. No entanto, a mesma foi segmentada por interesses políticos e religiosos que requerem considerações jurídicas, políticas e econômicas.

Posteriormente, em 1994, o presidente Leonid Kuchma aderiu à política de abertura relativa<sup>246</sup> ao ocidente concomitantemente a uma aliança com a Rússia. Já nas eleições do ano de 2004 no território ucraniano, de início o vencedor seria Viktor

<sup>245</sup> DUARTE, S. C; FIGUEIREDO, C. A. S. Um balanço político do fim da URSS: crises e colapso. Tensões Mundiais. Revista UECE. p. 181 -206. 2017.

<sup>246</sup> AGUILAR, S. L. C; APARECIDO, J. M., op. cit. p.8.

Yanukovych, o qual se intitulava como pró-Rússia; contudo, a partir da Revolução Laranja, em uma nova votação se respaldando em acusações de irregularidades do candidato pró-Rússia, o candidato Viktor Yushchenko (pró ocidente) foi o que de fato se elegeu.

Insta evidenciar que o povoado da Ucrânia era fragmentando por duas ideologias: os que não possuíam etnia russa e estavam atrelados ao entendimento da aproximação com os países ocidentais e a população de etnia russa que estava unida à Rússia, em razão de ainda haver grandes resquícios com o antigo regime soviético. Em relação à população ucraniana, em cerca de 58,3% possui etnia russa e 24,3% são ucranianos. Tais resquícios são presentes até o dado momento, e a população é dividida entre os ucranianos pró-russos e os ucranianos pró-ocidentais, conforme imagem abaixo:

Figura 1 - Mapa da Ucrânia - Divisão Etno-linguístico



Fonte: The Rio Times, 2022

Urge destacar que a bandeira adotada em 1992<sup>247</sup> pela Ucrânia é uma tentativa de amenizar e desmistificar as divisões e inimizades dentro do comum território. Esta bandeira retrata a união das cores amarela e azul, as quais representam o leste e o oeste ucraniano. Apesar da tentativa incessante de apaziguar as divergências, os episódios históricos demonstram que esta tentativa não foi bem sucedida.

Em uma distinta eleição, em 2010, Viktor Yanukovych retornou a ser eleito, suscitando a aprovação da Lei que encerrava a possibilidade da integração junto a OTAN e a recusa de associação com União Europeia, evidenciando seu caráter de aliança com a Rússia. Entretanto, o mesmo foi exilado na Rússia para conter tal aliança e Petro Poroshenko foi nomeado pelo parlamento ucraniano como presidente. Apesar disso, o mesmo foi considerado ilegítimo para governar pois os pró-russos entendiam que esta nomeação conduziria a um golpe de estado perpetrado<sup>248</sup>.

Em outros dizeres, a Ucrânia governada por Petro Poroshenko tentou impor valores ocidentais em seu território e estabelecer relações com os países ocidentais, a exemplificar, a aproximação com a União Europeia. Dessa maneira, é notório que a expansão da OTAN (instituição militar) e da União Europeia (instituição econômica) e o estímulo à democracia em direção ao leste europeu geraram demasiadas ondas de conflitos. Segundo o pesquisador Paredes, quando os Estados Unidos da América declarou a sua intenção em expandir a OTAN em sentido da Geórgia e da Ucrânia, o exército russo invadiu a Geórgia como resposta,

<sup>247</sup> ESTUDO PRÁTICO. Significado da bandeira da Ucrânia. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/significado-da-bandeira-da-ucrania/>. Acesso em: 8 set. 2022.

<sup>248</sup> AGUILAR, S. L. C; APARECIDO, J. M., op. cit. p.11.

evidenciando que a Rússia não permitiria a expansão da OTAN pelo leste europeu e fortalecendo sua força global<sup>249</sup>.

Consequentemente ao governo de Petro Poroshenko e com o intuito de erradicar a possível aproximação com a OTAN e com a União Europeia e se amparando na justificativa da defesa de interesse do povo, Vladimir Putin, presidente da Rússia, decidiu invadir em 24 de fevereiro de 2014 a região da Crimeia, território situado na Ucrânia, sendo esta península de interesse e desejo territorial mútuo, tanto pela Ucrânia quanto pela Rússia. Assim, a invasão russa possuía como objetivo reaver esta extensão junto ao Governo Autônomo da República da Criméia, o qual aprovava e almejava tal medida. Após a conquista da Crimeia por parte dos russos, a região foi anexada à Rússia e ressalta-se que a província continua sob o domínio da Rússia até os dias atuais.

Na prática, a invasão com o intuito da anexação da Criméia teve cunho retroativo, de modo que a Rússia gostaria de reaver o território em questão, haja vista que a Criméia pertenceu ao Império Russo por um extenso lapso temporal e apenas em 1964 houve a transferência desta para a República Socialista Soviética da Ucrânia por força do ucraniano Presidium do Soviete Supremo da URSS<sup>250</sup>. Para culminar, a importância deste território para a Rússia é motivada pelo fato da Criméia fornecer acesso ao Mar Mediterrâneo, ao Mar Negro, à Península Balcânica e ao Oriente Médio; como também o

<sup>249</sup> PUC- RS. Rússia e Ucrânia: pesquisadores da PUCRS analisam o conflito. Disponível em: <https://www.pucrs.br/blog/guerra-na-ucrania/>. Acesso em 9 set. 2022.

<sup>250</sup> Segundo Arthur Machado Paupério, “(...)o órgão superior do poder do Estado da URSS é o Soviet Supremo da mesma, a quem cabe exercer todos os direitos conferidos à União pela Constituição”. PAUPÉRIO, Arthur Machado. Ciência Política: A Rússia dos Sovietes. Revista de Direito Público e Ciência Política. FGV. Set. 1964.

fato de que a Criméia em posse da Rússia ameniza o receio desta em ser desapossada a base naval de Sevastopol.

Destaca-se que a história da Rússia é predominantemente beligerante, além da construção do Estado da Rússia ter um viés com características imperialistas, sendo estas alimentadas pelo sentimento nacionalista e a necessidade da manutenção de poder e influência, para assim conter os avanços e investidas ocidentais em suas fronteiras.

Por este ângulo, a Rússia alega que apenas o oeste ucraniano, que no passado pertenceu à Polônia, se identificaria com a identidade ucraniana e conseqüentemente, com o discurso pró-Occidente; já o Leste se manteria, em sua maior parte, leal à Rússia por afinidades históricas e etnoculturais.

A partir da anexação da Criméia ao território russo, intensificou-se a rivalidade entre o oriente e o ocidente, pois tal evento foi descrito como o imperialismo contemporâneo, uma vez que desrespeita os direitos humanos e conseqüentemente o direito internacional, sendo essa ação, portanto, considerada ilegal. Salienta-se, ainda, que, desde 2014, as províncias Donetsk e Luhansk no leste da Ucrânia foram tomadas pelos separatistas pró-russos, apoiados pelo governo russo contra Kiev, resultando em cerca de 14.000 (quatorze mil) mortes.

Conclui-se que as divergências se instalaram anteriormente ao atual cenário de guerra, no qual teve seu apogeu em março de 2021, na ocasião em que Joe Biden foi questionado sobre Putin ser considerado um “assassino”<sup>251</sup> e ao concordar com tal afirmação desencadeou inúmeras contraposições. À guisa de exemplo, em 24 de

<sup>251</sup> EL PAÍS. Biden ataca Putin e diz que o considera “um assassino”. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-03-17/biden-ataca-putin-e-diz-que-o-considera-um-assassino.html>. Acesso em: 9 set. 2022.

janeiro de 2022, os Estados Unidos reconheceram ser plausível o início de operações militares na Europa Oriental, assim como a Rússia deu início a estratégias militares próximas à Ucrânia. Outrossim, Putin iniciou uma operação especial, alegando ataques por parte de Kiev e com o intuito principal de desnazificar a Ucrânia.

Dessa maneira, em 24 de fevereiro de 2022 as forças russas iniciaram os ataques de mísseis contra cidades ucranianas. Ademais, a usina nuclear de Chernobyl foi tomada como a base aérea de Antonov. Por conseguinte, Putin declarou:

Sabe-se bem que por 30 anos tentamos, persistente e pacientemente, chegar a um acordo com os principais países da OTAN sobre os princípios de uma segurança igualitária e unida na Europa. Como resposta a nossas propostas, frequentemente nos debatemos ou com enganações cínicas e mentiras, ou com tentativas de pressão e chantagem, enquanto a Aliança do Atlântico Norte, no meio tempo, apesar de todos os nossos protestos e cuidados, se expande sem parar. A máquina de guerra se movimenta e, repito, se aproxima em cheio de nossas fronteiras<sup>252</sup>.

Em outros termos, os comportamentos, atitudes e discursos do oeste europeu e dos Estados Unidos se tornaram inadequados e inapropriados para a Rússia, e assim, esta respondeu através da utilização de força e poder.

Na atual conjuntura, a Ucrânia almeja consideravelmente pertencer e participar da União Europeia, uma vez que esta auxilia militar e diplomaticamente, e as atuais manifestações violentas por parte da Rússia poderiam ser golpeadas por integrantes desta

<sup>252</sup>FOLHA DE SÃO PAULO. Íntegra do discurso de Putin que anunciou invasão da Rússia à Ucrânia. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/02/veja-integra-do-discurso-de-putin-que-anunciou-a-invasao.shtml>. fev. 2022.

organização. Cabe ressaltar que no início da invasão, o presidente Volodymyr Zelensky encaminhou um pedido oficial solicitando sua admissão o mais breve possível na União Europeia. Então, no momento atual da guerra, apesar de o lado russo ser mais incisivo e possuir superioridade das forças armadas e ter o lado da Ucrânia mais defensivo, a Rússia ainda não conseguiu subjugar a Ucrânia.

Há mais de 7 meses foi instaurada a invasão e graças à vontade de lutar e à resistência ucraniana, a Ucrânia vem se demonstrando bastante firme e determinada. Seguindo essa linha de raciocínio, o subsecretário de política no departamento, Colin Kahl de defesa dos EUA diz:

O moral e a vontade de lutar ucranianas são inquestionáveis, e acho que são maiores do que a vontade média de lutar do lado russo, por isso os ucranianos têm uma vantagem significativa<sup>253</sup>.

Ainda assim, diante da desigualdade militar, a Ucrânia é auxiliada e amparada com materiais enviados pela OTAN, sendo a maioria por parte dos Estados Unidos e pelos ocidentais europeus.

Em síntese, a Rússia vem sendo bem sucedida em seu confronto armado e em suas imposições bélicas. Contudo, os soldados e a população que defendem seu território ucraniano tendem

<sup>253</sup> KAHL, Colin. (setembro, 2022). Depoimento dado ao jornal americano *The Hill*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/entenda-por-que-a-russia-nao-consegue-vencer-a-guerra-apesar-da-superioridade/>. Acesso em: 10 set. 2022.

a ter mais força de vontade e determinação para combater os invasores em prol de sua vida, seus direitos, seu território e sua família.

Durante a reunião anual de Estratégia Europeia de Yalta, o presidente Volodymyr Zelensky afirmou que as negociações com a Rússia acerca do fim desta guerra são “impossíveis”, uma vez não é viável o diálogo em torno da Rússia admitir que ocupou a Ucrânia e devolver as terras ocupadas.

Deduz-se, então, que não há sinais concretos de cessamento do conflito e de negociações de paz. Logo, este combate deve perdurar e se postergar pelo ano seguinte de 2023.

## 5 CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS E FINANCEIRAS DA GUERRA E A QUEDA DO EURO

Em suma, o que levou à desvalorização do euro foi o agravamento geral do cenário da Zona do Euro diante da guerra entre Kiev e Moscou que teve como primordial consequência o aumento dos preços de gás, pois, por exemplo, as grandes economias como a Itália e Alemanha dependem e estão vinculadas aos gases russos. Em verdade, o gás russo é essencial para a matriz energética em toda a extensão europeia, e além de estar atrelado ao aquecimento de residências, também é fundamental para as indústrias e empresas.

Ainda mais, as condições de instabilidade financeira na zona do euro deterioraram os preços de energia, de commodities e agravam os riscos para a inflação e o crescimento do euro e do bloco econômico europeu, segundo relatório de estabilidade financeira

publicado pelo Banco Central Europeu (BCE)<sup>254</sup>. Ou seja, se este choque energético aumentar a grande possibilidade de uma recessão na Zona do Euro, e automaticamente também haverá a necessidade de aumentar os juros para combater esta inflação.

Por certo, a invasão iniciada pela Rússia ocasionou a elevação na inflação justamente na ocasião em que a economia mundial iniciou a ter a oportunidade de se recuperar após a pandemia do COVID-19, a qual repercutiu não apenas em ordem epidemiológica em escala global, mas também no cenário social, político e econômico. Cabe dizer que a pandemia afetou economicamente mais os países de forte dependência do turismo, da exportação de produtos primários e do comércio global.

No que concerne ao Brasil, Edson Domingues<sup>255</sup> explica que o número de mortes causadas pela pandemia é significativa para a compreensão da extensão dos efeitos sobre a economia brasileira, ou seja, o grande número da população que veio a óbito afeta diretamente a perda potencial de renda e de consumo, e assim, estima-se consequências econômicas que se iniciaram no ano de 2020 até o ano de 2050.

Assim, o fenômeno da guerra atual logo após a pandemia provocou um rebaixamento das projeções de crescimento mundial em 2022 de 3,6% para 2,6%, segundo a UNCTAD e de 4,2% para 3,6%,

<sup>254</sup> CNN Brasil. Guerra na Ucrânia agrava riscos à estabilidade financeira da zona euro, diz BCE. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/guerra-na-ucrania-agrava-riscos-a-estabilidade-financeira-da-zona-do-euro-diz-bce/>. Acesso em: 24. set. 2022.

<sup>255</sup> Site Oficial do Governo Federal do Brasil. Impactos econômicos da pandemia no Brasil poderão ser observados até 2045. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/cgcl/noticias/impactos-economicos-da-pandemia-no-brasil-poderao-ser-observados-ate-2045>. Acesso em: 8 set. 2022.

segundo o FMI. É imperioso ressaltar que a desvalorização do euro acelera a inflação, conseqüentemente leva o BCE a aumentar as taxas de juros de maneira necessária. Neste momento, se analisa o grande potencial da guerra em questão para retardar a recuperação econômica mundial, impactando por exemplo o crescimento do PIB do Brasil.

Como dito acima, no que se refere aos bancos centrais, o impacto da guerra deve provocar uma elevação de juros, ocasionando um baixo crescimento econômico mundial. Insta ainda ressaltar que a inflação junta ao baixo crescimento resulta em pobreza, desemprego e fome.

Em um primeiro instante do início da guerra, a reação mais célere da invasão foi por parte dos Estados Unidos e da União Europeia que juntamente ao Canadá congelaram os bens de autoridades russas. O Departamento do Tesouro dos EUA impôs sanções ao investimento russo, estimulando a não atração de capitais em setores de grande investimento. Para culminar, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico encerraram as relações da Rússia com estes.

Em seguida, as sanções à Rússia incluíram a suspensão do acesso à principal rede de pagamentos internacionais: SWIFT.<sup>256</sup> Este fator faz com que a Rússia e suas empresas não estejam conectadas ao sistema financeiro internacional e limita o pagamento por serviços como o fornecimento do gás russo, ou seja, impacta demasiadamente nas negociações a nível mundial.

<sup>256</sup> Site Oficial do Conselho da União Europeia. Resposta da UE à invasão da Ucrânia pela Rússia. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-response-ukraine-invasion/#:~:text=O%20Conselho%20adotou%20formalmente%20hoje,declaração%20de%20apoio%20à%20assistência>. Acesso em: 11 set. 2022.

Em geral, os âmbitos mais afetados de forma direta são o de comércio de combustíveis, fertilizantes e alimentos, pois ambas as grandes potências estão atreladas a este tipo de comercialização. Silvio Hong Tiing Tai<sup>257</sup> explica que o conflito atual além de impactar direitos fundamentais como vidas e a destruição do capital físico, corrobora também o agravamento da danificação no âmbito comercial e nas condições de mercado. Aliás, segundo o mesmo:

Um país em guerra acaba comprometendo a sua capacidade de produção e consumo e sua competência logística, o que atinge o comércio em todos os países, mesmo os que não estão de fato em guerra.

Em outras palavras, este episódio promove o risco de maior pobreza e conseqüentemente fome intensificada mundialmente somado ao fato de os dois últimos anos já terem sido complexos e difíceis para a economia a nível mundial. A situação se configura ainda mais grave ao entender que na atual conjuntura, o prolongamento da guerra em questão tem potencial para desencadear uma recessão ou uma estagflação<sup>258</sup> - inflação mais alta combinada com baixo crescimento econômico - comprometendo as principais economias do mundo.

Em coletiva de imprensa dada antes da reunião de ministros das Finanças do G20, ocorrida no dia 14 de julho de 2022, na Indonésia, a Secretária do Tesouro dos Estados Unidos, Janet Yellen, destacou que estão sendo apontados “efeitos negativos da guerra em

<sup>257</sup>PUCRS. Rússia e Ucrânia: pesquisadores da PUCRS analisam o conflito. Disponível em: <https://www.pucrs.br/blog/guerra-na-ucrania/>. Acesso em: 9 set. 2022.

<sup>258</sup> COFACE. Conseqüências do conflito Rússia-Ucrânia: futura estagflação. Disponível em: <https://www.coface.com.br/Noticias-Publicacoes/Publicacoes/Consequencias-do-conflito-Russia-Ucrania-Futura-estagflacao> Acesso em: 9 set. 2022.

todas as partes do mundo, especialmente no que diz respeito ao aumento dos preços da energia e a crescente insegurança alimentar”<sup>259</sup>. Assim sendo, nota-se as conseqüências econômicas e humanitárias globais da guerra responsabilizada por Putin.

O índice de preços a nível global de alimentos da FAO dilatou 12,6% comparando o mês de março com fevereiro, principalmente pelo aumento em relação aos grãos e óleos vegetais. A insegurança alimentar está atrelada ao impedimento dos navios cargueiros ucranianos de exportarem grãos e ambos. Já em relação ao Brasil, poderá ocorrer a diminuição nas exportações de soja e carne bovina que são exportadas para a Rússia e diminuição das exportações de fumo, café e chá para a Ucrânia. Em contrapartida, para o Brasil, poderá haver aumento de preços nas importações de fertilizantes pela Rússia e a diminuição de fornecimento de medicamentos e aquecedores por parte da Ucrânia.

No que diz respeito ao impacto aos consumidores, a moeda em análise estando mais fraca repercutirá no encarecimento das importações, ainda mais, bem como o aumento de matérias-primas e bens intermediários que eleva os preços locais, e assim, muitas famílias são atingidas pela inflação recorde.

Os impactos no setor energético e de combustíveis são incontáveis, haja vista que a Rússia era o segundo maior exportador destes e o terceiro maior produtor de petróleo. É importante lembrar que 40% do gás natural utilizado no continente europeu é produzido pela Rússia, pois há uma economia altamente industrializada dependente da energia barata oriunda do país comandado por Vladimir Putin. Esta medida de cortar o fornecimento de gás natural russo ocasionou a mais recente crise energética, e assim, fez com que

<sup>259</sup> EXAME. “Guerra na Ucrânia é maior desafio para economia mundial”, afirma Yellen. Disponível em: <https://exame.com/economia/guerra-na-ucrania-e-maior-desafio-para-economia-mundial-afirma-yellen/>. Acesso em: 10 set. 2022

o euro atingisse seu menor nível em relação ao dólar em 20 anos. Partindo dessa premissa, é indiscutível que o valor do euro despenca pela crise energética na Europa causada pela invasão russa na Ucrânia e a redução na oferta de gás pela Rússia<sup>260</sup>. Segundo Juan Carlos Martínez<sup>261</sup>, cada vez que o dólar se valoriza, custa mais em euros comprar um barril de petróleo.

A paralisação do gasoduto Nord Stream que transporta o gás da Rússia à Alemanha na data de 03/09/2022, enaltece a estratégia de armas energéticas, e esta medida substitui o ataque conhecido como armamentismo, podendo ser tão fatal quanto o mesmo. E assim completa Zelensky<sup>262</sup>:

E para nos protegermos disso, todos nós na Europa precisamos de ainda mais unidade, ainda mais coordenação, ainda mais ajuda mútua. Neste inverno, a Rússia está se preparando para uma greve energética decisiva contra todos os europeus. E as principais respostas a isso devem ser duas coisas: primeiro, nossa unidade – unidade na defesa contra um Estado terrorista, e segundo, aumentar nossa pressão sobre a Rússia – que inclui apertar todos os níveis de sanções e limitar as receitas de petróleo e gás da Rússia;

<sup>260</sup> SANTOS, Luis Paulo F. Inflação e hiperinflação. Utilização das funções da moeda como ferramentas para a estabilização dos preços. Revista CDIP. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1239\\_1343.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1239_1343.pdf). Acesso em: 10 set. 2022.

<sup>261</sup> BBC News Brasil. As consequências da queda do euro, que atingiu mesma cotação do dólar pela 1ª vez em 20 anos. julho. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62142011>. Acesso em: 9 set 2022.

<sup>262</sup> CNN Brasil. “Rússia quer destruir a vida normal de todo europeu”, diz Zelensky. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/russia-quer-destruir-a-vida-normal-de-todo-europeu-diz-zelensky/>.

Quanto mais golpes lidarmos juntos, menos golpes esses terroristas serão capazes de lidar.

Ainda sobre a escassez do gás natural ocasionado pela guerra, prejudicou-se também diretamente o ramo de manufatura do vidro. Além da crise dos semicondutores, a mais recente crise é a do vidro no mercado automobilístico, a qual afeta diretamente a maior montadora automotiva da Europa: Volkswagen e a marca de luxo europeia: Audi. Outros setores das indústrias foram afetados, como as cervejarias. Posto isto, os fornecedores foram exigidos a diminuir o ritmo da produção dado que os custos saltaram demasiadamente.

Destarte, a economia da Zona do Euro é considerada vulnerável em função da dependência de combustíveis fósseis da Rússia. Assim sendo, os Estados Unidos adotaram a medida de suspender totalmente as importações de petróleo, gás natural e carvão da Rússia, assim como a União Europeia reduziu as importações de gás natural e de petróleo, já o Reino Unido se comprometeu a redução gradual com o intuito de erradicar por completo as importações de petróleo da Rússia até o final do presente ano.<sup>263</sup>

Em análise específica sobre a queda do euro, houve a paridade deste ao dólar - moeda americana - devido às tensões russo-ucranianas, as quais desencadearam a decadência do euro ao nível mais baixo nas últimas duas décadas. Em 12/07/2022, ambas as moedas citadas acima atingiram o mesmo valor. Por conseguinte, este episódio evidencia a desvalorização de 15% (quinze) do euro no último ano. O principal motivo pelo qual houve esta uniformidade é

<sup>263</sup>BRASIL DE FATO. EUA e Reino Unido suspendem importação de combustível da Rússia. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2022/03/08/eua-e-reino-unido-suspendem-importacao-de-combustivel-da-russia> Acesso em: 10 set. 2022.

por efeito de os grandes investidores mundiais estarem desacreditados da Zona do Euro.

Ainda sobre o dólar e o euro, apenas 40% dos produtos de importação na Zona do Euro são em euro; deste modo, quase 50% são em dólar e com a desvalorização da moeda euro, são necessários ainda mais euros para comprar produtos importados em dólar.

Por fim, tendo em vista os recentes conflitos bélicos entre os países da Ucrânia e Rússia logo após ao relaxamento das medidas de combate contra a COVID-19, a saída do Reino Unido do bloco econômico europeu, também conhecida como *Brexit*<sup>264</sup> e o aumento da taxa de juros para combater a alta inflação no velho continente elevam, e muito, as chances de uma possível recessão econômica na Europa e a temida crise do euro. Conclui-se que a guerra na Ucrânia e a busca por novas fontes de energia para substituir o petróleo russo fizeram o euro despencar. Isto é, a queda do euro foi causada pela preocupação de investidores com a possibilidade da recessão na Zona do Euro em virtude do panorama dos preços altos do gás, eletricidade e combustível fóssil fornecidos pela Rússia.

## 6 CENÁRIO ATUAL APÓS O INÍCIO DA GUERRA

Estima-se que 2,5 milhões (dois milhões e meio) de ucranianos foram deportados à força para regiões isoladas no

<sup>264</sup>EXAME. Entenda a situação da economia britânica diante do *Brexit*. Disponível em: <https://exame.com/economia/entenda-a-situacao-da-economia-britanica-diante-do-brexit/>. Acesso em: 10 set. 2022.

Extremo Oriente e na Sibéria pela força russa, e não bastasse isso, muitos estão sendo torturados e até mortos.

Contudo, partir das notícias mais recentes do estado atual da Guerra de Moscou na Ucrânia, entende-se que a guerra pode estar entrando em uma nova fase a partir de 10/09/2022 devido às forças ucranianas terem adentrado em Iziium, cidade perto da fronteira das regiões de Kharkiv e Donetsk que estava sob os poderes russos há mais de 6 (seis) meses. Nesse sentido, os russos escaparam e deixaram armas e munições para trás, segundo afirmação dita pelo o porta-voz da Brigada Bohun das Forças Terrestres da Ucrânia, o que evidencia os recentes sucessos militares ucranianos.

Apesar dos reforços nas unidades militares por parte de Moscou, Kiev recapturou Iziium e Kupyansk. Este fato é de extrema importância para Kiev, pois Iziium era o centro para lançamentos de ataque nas demais regiões de Donetsk e Kupyansk e também pelo motivo de Zium ser o centro ferroviário que restabelecia as forças russas. Ademais, a força ucraniana também cortou uma importante linha de suprimentos russos na região de Kharkiv e em 11/09/2022, Kiev libertou Chkalovske - região de Kharkiv - também das forças russas.

Além do mais, em 8 de setembro do corrente ano, os EUA aprovaram US \$675 milhões em armas - munições, humvees e sistemas antitanque - para a Ucrânia em forma de apoio a esta e também um futuro encontro que possibilitará treinar as forças ucranianas. Vale enfatizar que Joe Biden já havia fornecido mais de US \$10 bilhões para assistenciar Kiev militarmente desde o início da guerra.

Neste momento, em 11 de setembro do corrente ano, a usina nuclear de Zaporizhzhia no sul da Ucrânia, a maior da Europa, foi desligada pela Ucrânia por motivos de assegurar possíveis acidentes. Cabe mencionar que esta usina está sob ocupação das tropas russas

desde o início da invasão russa. Isto é, a usina nuclear de Zaporizhzhia foi desligada por motivos desta ter sido inúmeras vezes bombardeada nas últimas semanas, sendo as origens destes bombardeios desconhecidas. Contudo, Kiev e Moscou trocam acusações mútuas e responsabilizam uma à outra pelos ataques às instalações. Apesar das acusações das próprias forças ucranianas bombardearem a usina nuclear de Zaporizhzhia, a ação é negada por Kiev e o presidente ucraniano afirma: “A nossa posição é que a única maneira de proteger a Europa de um desastre nuclear é desmilitarizar a região da usina”<sup>265</sup>.

Assim, estima-se que caso houvesse um acidente nesta usina o resultado iria se alastrar por uma longa extensão do território europeu e o material radioativo cobriria a Alemanha, a Polônia e Eslováquia, por exemplo.

No tocante ao gás russo, o grupo G7, formado por Reino Unido, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão e Estados Unidos, quis impor um plano de teto de preço ao petróleo russo para assim diminuir as brutas receitas e manter o fluxo do produto. No entanto, as notícias mais atualizadas relatam que Vladimir Putin ameaça interromper todo o fornecimento de gás russo caso ocorra a efetivação do teto proposto pela União Europeia em relação ao preço do gás russo.

Ademais, a Europa culpa a Rússia pelo suprimento de energia. Em contrapartida, a Rússia alega que são as sanções impostas pela União Europeia que de fato ocasionam o não fornecimento do gás. Assim, Putin no fórum econômico em Vladivostok afirma:

<sup>265</sup> DEUTSCHE WELLE. Ucrânia desliga maior usina nuclear da Europa. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/ucrania-desliga-maior-usina-nuclear-da-europa/a-63082774>. Acesso em 11 set. 2022.

Haverá alguma decisão política que contradiga os contratos? Se sim, nós simplesmente não os cumprimos. Não forneceremos nada se isso contradizer nossos interesses

Não forneceremos gás, petróleo, carvão, óleo para aquecimento – não forneceremos nada<sup>266</sup>.

Nesse sentido, se ocorresse a rescisão do contrato por manifestação da vontade da Rússia, o não fornecimento do gás russo acarretaria uma grande catástrofe nos próximos meses de inverno, e assim, o ocidente europeu “congelaria”.

Acrescenta-se, por fim, que a UE atingiu a meta prevista de estocagem de gás 2 (dois) meses antes do que se esperava em 29 de agosto do corrente ano, e inesperadamente, a Rússia iniciou a suspensão dos fluxos de gás pela Europa e não houve o retorno até então.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto se propôs a tecer os apontamentos iniciais acerca dos efeitos malignos e do impacto da guerra entre as nações russa e ucraniana no cenário mundial, não obstante não se possa ainda aquilatar e contabilizar integralmente todas as reais dimensões, em virtude da continuação e duração das movimentações geopolíticas ainda presentes no combate. Paralelamente, buscou-se apresentar de

<sup>266</sup> PUTIN, Vladimir: depoimento (setembro,2022). Vladivostok. Depoimento dado no Fórum Econômico Oriental

maneira clara e objetiva, para maiores reflexões, aspectos da questão da queda do euro relacionados à Guerra Russo-ucraniana.

Atualmente há embates políticos e diplomáticos entre boa parte da Europa e Estados Unidos em face da Rússia, a qual vem sofrendo sanções como resposta às violações das fronteiras ucranianas e aos rompimentos de tratados internacionais.

Em uma perspectiva geral, não existe previsão para o término destes conflitos armados entre os dois países, que se estendem desde 2014, com a anexação da Crimeia ao território russo<sup>267</sup>, até os dias atuais.

Com este acontecimento, os Estados Unidos já advertia a Rússia de que o Memorando de Budapeste<sup>268</sup> estava sendo rompido. Em suma, este tratado internacional assinado pela Rússia, EUA e Grã-Bretanha no ano de 1994 incluía garantias de segurança contra o uso de forças beligerantes em face a integridade territorial ou a independência política da Ucrânia, devendo a soberania desta ser respeitada. Todavia, tais prerrogativas apontadas neste tratado só seriam reconhecidas desde que a Ucrânia assinasse o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares.

Consequente à invasão das províncias de Donetsk e de Luhansk, considerada por muitos como não provocada e injustificada, a UE adotou uma série de medidas restritivas com o intuito de enfraquecer a base econômica da Rússia. O grupo europeu privou e negou o acesso a tecnologias e mercados considerados críticos, para

<sup>267</sup> AGUILAR, S. L. C; APARECIDO, J. M; op. cit., p.9.

<sup>268</sup> LOUREIRO, Felipe. A guerra na Ucrânia: significado e perspectivas. Revista do Centro Brasileiro de Relações Internacionais, edição n° 3, jul/set 2022. Disponível em: <https://cebri.org/revista/br/artigo/27/a-guerra-na-ucrania-significados-e-perspectivas>. Acesso em 9 set. 2022.

assim reduzir a capacidade russa de continuar seu conflito armado com a Ucrânia. Ao todo, até o respectivo momento, a União Europeia aplicou sete pacotes de sanções ao governo russo e um ao governo bielorrusso, este por declarar apoio diplomático às decisões tomadas pela Rússia. Como já citado em tópico anterior, tais sanções vão desde proibição de acesso ao SWIFT à vedação de novos investimentos no setor da energia russa.

Com essas inseguranças diplomáticas, o governo russo respondeu de forma incisiva às penalidades aplicadas pelas outras potências mundiais, sendo a principal e mais preocupante, a nível mundial, o corte do fornecimento de gás natural para seus repressores. Por óbvio, com a crescente tensão geopolítica advindas de uma guerra acrescida em um momento pós-pandêmico, a Europa tende ser a maior vítima dos efeitos colaterais. Não obstante, no contexto da globalização, os efeitos da degradação da principal moeda europeia, tendo sua maior baixa histórica desde sua criação, podem chegar a outros continentes.

Atualmente, é praticamente inconcebível calcular os prejuízos provenientes deste conflito ainda não acabado e sem previsão de uma possível resolução. Em vista disso, as principais potências mundiais tendem a aplicar maiores restrições para dirimir ao máximo a duração da guerra e seus efeitos devastadores, tanto humanitários como econômicos.

Compreendendo o atual fenômeno, chega-se à conclusão de que a previsão é que o euro continue com o comportamento de baixar-se com a piora da crise energética no território europeu, apesar das buscas incessantes por alternativas de gás e petróleo que não sejam fornecidos pelos russos. Seguindo a lógica pensada por George Orwell a respeito da maneira mais rápida de acabar com uma guerra seria perdendo-a<sup>269</sup>, a guerra entre Kiev e Moscou continuará se

<sup>269</sup> ORWELL, G. “A maneira mais rápida de acabar com uma guerra é perdê-la”.

prolongando por um grande decurso de tempo, uma vez que nenhuma das potências deseja abandonar e sair como abatida desta batalha.

Por último, constata-se que a possibilidade da confrontação dos Estados Unidos e a Europa contra a Rússia com o objetivo de atenuar as consequências abordadas ao longo deste artigo não é das maiores. A Rússia não será dominada por estes devido ao seu poder militar e arsenal nuclear gigantescos e também porque tal confrontação proporciona uma alto potencial explosivo global, e assim, as demais potências continuam inertes. Assim sendo, a escolha para tentar solucionar a guerra tende a continuar sendo apenas através de sanções econômicas e diplomáticas.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz; APARECIDO, Julia Mori. A guerra entre a Rússia e a Ucrânia. In: Série Conflitos Internacionais. v. 9, n. 1, fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/v.-9-n.-1fev.-2022.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

BBC News Brasil. As consequências da queda do euro, que atingiu mesma cotação do dólar pela 1ª vez em 20 anos. julho. 2022.

---

Polemic, Second Thoughts on James Burnham. Maio, 1946.

Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62142011>. Acesso em: 9 set 2022.

BBC News Brasil. Criador da moeda europeia diz que Zona Euro já nasceu com problemas.

Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111203\\_euro\\_criador\\_fn](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111203_euro_criador_fn).

Acesso em: 8 set. 2022

BBC News Brasil. UCRÂNIA: perfil de uma nação histórica sob a sombra da Rússia. BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60223143>. Acesso em: 10 set.2022.

BENJAMIN, Cohen, The Triad and the Unholy Trinity: Problems of International Monetary Cooperation, em *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*, ed. Jeffy A. Frieden e Davia A. Lake, (London: Routledge 2000);

BIJOS, Leila; MONTE, Fernando Araujo. Rússia e Ucrânia: Uma análise dos princípios da segurança, estabilidade e previsibilidade internacionais. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rda/article/download/6712/4250>. Acesso em: 5 set.2022.

BRASIL DE FATO. EUA e Reino Unido suspendem importação de combustível da Rússia. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/03/08/eua-e-reino-unido-suspendem-importacao-de-combustivel-da-russia> Acesso em: 10 set. 2022.

BULLIO, Olívia et al. A atuação do Fed antes e depois do estouro da bolha imobiliária: discricionariedade e mandato de bancos centrais em contexto de desregulamentação financeira. Economia e Sociedade. 2011, v. 20, n. 2, pp. 329-364. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-06182011000200005>.

CNN Brasil. Chefes de finanças do G7 avançam em plano de teto de preço ao petróleo da Rússia. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/chefes-de-financas-do-g7-avancam-em-plano-de-teto-de-preco-ao-petroleo-da-russia/> . Acesso em: 11 de set.2022

CNN Brasil. EUA aprovam US\$675 milhões em armas para Ucrânia; líderes de defesa se reúnem. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/eua-aprovam-us-675-milhoes-em-armas-para-a-ucrania-lideres-de-defesa-se-reunem/> . Acesso em: 11 set.2022.

CNN Brasil. Guerra na Ucrânia agrava riscos à estabilidade financeira da zona euro, diz BCE. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/guerra-na-ucrania-agrava-riscos-a-estabilidade-financeira-da-zona-do-euro-diz-bce/>. Acesso em: 24. set. 2022

CNN Brasil. “Rússia quer destruir a vida normal de todo europeu” diz Zelensky. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/russia-quer-destruir-a-vida-normal-de-todo-europeu-diz-zelensky/> . Acesso em: 11 de set.2022.

CNN Brasil. UE atinge meta de estocagem de gás 2 meses antes do previsto. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/ue-atinge-meta-de-estocagem-de-gas-2-meses-antes-do-previsto/> . Acesso em: 11 de set.2022.

CNN Brasil. UE planeja limitar o preço do gás russo, e Putin ameaça interromper o fornecimento. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/ue-planeja-limitar-preco-do-gas-russo-e-putin-ameaca-interromper-fornecimento/> . Acesso em: 11 set.2022.

COFACE. Consequências do conflito Rússia-Ucrânia: futura estagflação. Disponível em: <https://www.coface.com.br/Noticias->

[Publicacoes/Publicacoes/Consequencias-do-conflito-Russia-Ucrania-Futura-estagflacao](#) Acesso em:9 set. 2022.

COSTA, Carla Guapo. Economia E Política Da Construção Europeia: Os Desafios do Processo de Integração. Lisboa: Terramar, 2004.

De GRAUWE, Paul. The Political Economy of the Euro, Reino Unido, Annual Reviews , p. 158

DIAS, Vanda Amaro. As dimensões interna e internacional da crise na Ucrânia.

Disponível em:  
[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992015000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992015000100003&lng=pt&nrm=iso) . Acesso em: 10 set.2022

DUARTE, S. C; FIGUEIREDO, C. A. S. Um balanço político do fim da URSS: crises e colapso. Tensões Mundiais. Revista UECE. p. 181 -206. 2017.

DEUTSCHE WELLE. Ucrânia desliga maior usina nuclear da Europa. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/ucrania-desliga-maior-usina-nuclear-da-europa/a-63082774>. Acesso em 11 set. 2022.

EL PAÍS. Biden ataca Putin e diz que o considera “um assassino”. Disponível em:<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-03-17/biden-ataca-putin-e-diz-que-o-considera-um-assassino.html>. Acesso em: 9 set. 2022.

ESTUDO PRÁTICO. Significado da bandeira da Ucrânia. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/significado-da-bandeira-da-ucrania/>. Acesso em:8 set. 2022.

EXAME. “Guerra na Ucrânia é maior desafio para economia mundial”, afirma Yellen. Disponível em: <https://exame.com/economia/guerra-na-ucrania-e-maior-desafio-para-economia-mundial-afirma-yellen/>. Acesso em: 10 set. 2022

EXAME. Entenda a situação da economia britânica diante do *Brexit*. Disponível em: <https://exame.com/economia/entenda-a-situacao-da-economia-britanica-diante-do-brexit/>. Acesso em: 10 set. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. Veja a íntegra do discurso de Putin que anunciou a invasão da Rússia à Ucrânia. São Paulo. Disponível em:  
<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/02/veja-integra-do->

[discurso-de-putin-que-anunciou-a-invasao.shtml](#) . Acesso em: 10 set.2022.

Forças da Ucrânia em Izum é sinal de que nova ofensiva contra Rússia funcionou. Disponível em:<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/forcas-da-ucrania-entram-em-izium-provando-que-nova-ofensiva-esta-funcionando/> . Acesso em: 11 set.2022.

FRÓES. Marina. Introdução ao Direito Econômico. JusBrasil. Disponível em: <https://marinafroes.jusbrasil.com.br/artigos/241500797/introducao-ao-direito-economico> Acesso em: 9 set. 2022

KAHL, Colin. (setembro, 2022). Depoimento dado ao jornal americano *The Hill*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/entenda-por-que-a-russia-nao-consegue-vencer-a-guerra-apesar-da-superioridade/>. Acesso em: 10 set. 2022.

KAMMER, Alfred. Os desafios econômicos para a Europa após a pandemia. Disponível em: <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2021/10/20/blog-europe-post-pandemic-economic-challenges>. Acesso em: 5 set. 2022.

LEITE, Alexandre et al. Invasão à Crimeia: influência ocidental na Ucrânia e retaliação Russa. Disponível em: <https://www.cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/942/757> . Acesso em: 9 set.2022.

LOUREIRO, Felipe. A Guerra na Ucrânia: significados e perspectivas. Revista do Centro Brasileiro de Relações Internacionais, edição n° 3, jul/set 2022. Disponível em: <https://cebri.org/revista/br/artigo/27/a-guerra-na-ucrania-significados-e-perspectivas> . Acesso em: 9 set.2022.

MIELNICZUK, Fabiano. Identidade como fonte de conflito: Ucrânia e Rússia no pós-URSS. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/5KxWrYnRR4XNzqqhwxKyDkB/?lang=pt> . Acesso em: 9 set.2022.

MOORE, Charles. Jacques Delors interview: euro would still be strong if it had been built to my plan. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/8932640/Jacques-Delors-interview-Euro-would-still-be-strong-if-it-had-been-built-to-my-plan.html>. Acesso em: 8 set. 2022.

OLIVEIRA, Marina et al. Crimeia: uso da identidade como estratégia. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/fronteira/article/view/21498/18030> . Acesso em: 9 set.2022

ORWELL, G. “A maneira mais rápida de acabar com uma guerra é perdê-la”. Polemic, Second Thoughts on James Burnham. Maio, 1946.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. Ciência Política: A Rússia dos Sovietes. Revista de Direito Público e Ciência Política. FGV. Set. 1964.

PIRES, Samuel. A crise do euro e o trilema do futuro da União Europeia. Disponível em: <http://samueldepaivapires.com/wp-content/uploads/2022/07/RPCP4-OP-Artigo-Samuel-Paiva-Pires.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

PUCRS. Rússia e Ucrânia: pesquisadores da PUCRS analisam o conflito. Disponível em: <https://www.pucrs.br/blog/guerra-na-ucrania/>. Acesso em: 9 set. 2022.

Resposta da UE à invasão da Ucrânia pela Rússia. Conselho da UE e Conselho Europeu.

Disponível em:

<https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-response-ukraine-invasion/>

Acesso em: 8 set. 2022.

Rússia diz que pode fechar a usina nuclear de Zaporizhia. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2022-08/russia-diz-que-pode-fechar-usina-nuclear-de-zaporizhia> . Acesso em: 11 set.2022.

SANTOS, Luis Paulo F. Inflação e hiperinflação. Utilização das funções da moeda como ferramentas para a estabilização dos preços. Revista CDIP. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1239\\_1343.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1239_1343.pdf) . Acesso em: 10 set. 2022.

SILVEIRA, N. C; ARRIS, L. F. R. Invasão do Iraque: quinze anos de crimes de guerra sem julgamento. Conjuntura Internacional, P.U.C Minas. maio. 2018. Disponível em: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2018/05/07/invasao-do-iraque-quinze-anos-de-crimes-de-guerra-sem-julgamento/>. Acesso em 8 set. 2022.

Site oficial da União Europeia. História e finalidade do euro. Disponível em: <https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/history-and-purpose> pt#:~:text=Uma%20moeda%20única%20tem%20muitas,%20mais%20oportunidades%20aos%20consumidores. Acesso em: 9 set. 2022.

Site Oficial da União Europeia. Países que fazem parte da União Europeia. Disponível em: <https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/countries-using-euro> pt#:~:text=Atualmente%2C%20o%20euro%20(€),oficialment e%20«área%20do%20euro». Acesso em 10 set. 2022.

Site Oficial do Conselho da União Europeia. Resposta da UE à invasão da Ucrânia pela Rússia. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-response-ukraine-invasion/#:~:text=O%20Conselho%20adotou%20formalmente%200hoje,declaração%20de%20apoio%20à%20assistência>. Acesso em: 11 set. 2022.

Site Oficial do Governo Federal do Brasil. Impactos econômicos da pandemia no Brasil poderão ser observados até 2045. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/cgcl/noticias/impactos-economicos-da-pandemia-no-brasil-poderao-ser-observados-ate-2045>. Acesso em: 8 set. 2022.

SOAVINSKI, Carla. Rússia e Ucrânia: identidade nacional enquanto causa de conflito. 2015. Disponível em:

[https://bdm.unb.br/bitstream/10483/12724/1/2015\\_CarlaSoavinski.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/12724/1/2015_CarlaSoavinski.pdf). Acesso em: 10 de set.2022.

WELLE, Deutsche. A Ucrânia desliga a maior usina nuclear da Europa. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/mundo/ucrania-desliga-maior-usina-nuclear-da-europa/>. Acesso em: 11 set.2022.

## OS IMPACTOS DA GUERRA ENTRE RÚSSIA E UCRÂNIA NO DIREITO ECONÔMICO

Eduardo Azeredo Rodrigues

Aila de Lima Teixeira Jardim

### RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a influência da Guerra da Rússia e da Ucrânia no Direito Econômico, através do estudo das economias dos países envolvidos, das causas que levaram ao embate e das consequências globais, além de compreender como o Direito Econômico atua e interfere nas instituições internacionais, explorando os conceitos de bloco econômico e globalização, e percebendo a interdependência dos países.

Palavras-chaves: Direito Econômico. Guerra da Ucrânia e da Rússia. Consequências econômicas.

### 1 INTRODUÇÃO

O Direito Econômico, que não é um propriamente um ramo do Direito<sup>270</sup>, nada mais é que o direito das políticas públicas na economia, no qual as suas regulações, voltadas ao interesse público, visam a estimular, reprimir ou alterar o sentido que a economia

<sup>270</sup> AGUILLAR, Fernando Herron. Direito Econômico do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.25.

adotaria em sua ausência<sup>271</sup>, fiscalizando a atividade econômica capitalista e veiculando políticas de regulação jurídica<sup>272</sup>. É possível analisar que tal disciplina já possuiu diferentes papéis, haja vista que o modo capitalista de produção econômica oscila constantemente, levando à evolução do Estado Contemporâneo e criando novas tendências econômicas<sup>273</sup>, no qual tal cadeira se molda, voltando para o desenvolvimento econômico do país e o interesse público, inclusive no âmbito internacional. Segundo Fernando Aguillar<sup>274</sup>:

Ele já serviu para aumentar o nível de emprego, estimular o desenvolvimento regional, fixar a taxa de juros, direcionar a economia para atingir determinados objetivos, reprimir determinadas práticas que julgasse nocivas à economia. Já houve um tempo em que a evolução dos preços era combatida com tabelamento pelo governo. Hoje se combate a inflação com abertura alfandegária. A fixação das cotações da moeda nacional já foi feita por norma do Banco Central. Hoje o câmbio é flutuante, de acordo com a oferta e a procura da moeda.

Nesse contexto, as políticas econômicas possuem diferentes consequências, positivas e negativas, determinando ao Estado implementar outras para corrigir os desvios causados ou atenuar efeitos negativos. Ao analisar o Direito Econômico sob a perspectiva do Estado relacionado com instituições supranacionais, isto é, decisões tomadas pelo bloco econômico inserido<sup>275</sup>, ressalta-se que suas políticas públicas implementadas não são hierarquicamente

<sup>271</sup> Ibid., p.2.

<sup>272</sup> Ibid., p.29.

<sup>273</sup> Ibid., p.2.

<sup>274</sup> Loc. cit.

<sup>275</sup> Ibid., p.56.

superiores às implementadas pelo Estado. Ambas respeitam seu próprio espaço e seu local de atuação<sup>276</sup>.

Essa integração econômica tem crescido nas últimas décadas na economia capitalista, voltado sempre para o fortalecimento dos interesses comuns daqueles que integram o bloco econômico<sup>277</sup>, como acontece em alguns exemplos, tais como o Mercosul, a União Europeia e o NAFTA. A formação de blocos econômicos pode ocorrer de maneiras distintas, e também com a oscilação na intensidade da integração. Tal intensidade entre os países depende, além dos objetivos a serem alcançados com a integração, de contexto histórico, opções políticas e da conveniência do momento entre os países-membros<sup>278</sup>.

Após essa análise é possível perceber o atual mundo conectado e globalizado. Apesar de gerar grandes debates conceituais por conta da abrangência da palavra<sup>279</sup>, a globalização não é só o fenômeno econômico do sistema capitalista, mas também político, social, cultural, tecnológico e financeiro, sendo que cada setor recebe os impactos da globalização de forma distinta, como se infere da seguinte passagem:

Globalização significa o fenômeno econômico de busca de conquista de mercados sem restrições às fronteiras nacionais, o fenômeno político da crescente interdependência dos países, o fenômeno cultural de influências recíprocas entre habitantes de países diversos, o fenômeno social do frequente deslocamento e fixação de residência de habitantes de um país em outros, o fenômeno

---

<sup>276</sup> Ibid., p.3.

<sup>277</sup> Ibid., p.505.

<sup>278</sup> Ibid., p.507.

<sup>279</sup> Ibid., p.59.

tecnológico da revolução informática e das telecomunicações, o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos planetários, causando simultaneamente a reestruturação dos agentes econômicos, a transformação do papel do Estado e do direito em todos os países envolvidos<sup>280</sup>.

A globalização atualmente, então, é fruto da liberalização dos mercados nacionais, ou seja, a abertura ao comércio e aos investimentos internacionais através da flexibilização das barreiras alfandegárias, gerando uma economia global, que funciona em escala planetária, como uma unidade<sup>281</sup>. Portanto, o liberalismo econômico, isto é, a organização econômica que atribui às empresas e ao indivíduo, e não ao Estado, a tomada de decisões relacionadas à distribuição e alocação de riquezas, passou a ser empregado nas relações internacionais, não apenas como política interna<sup>282</sup>. Essa liberdade e o combate às barreiras ao comércio internacional levou a uma constante produção descentralizada em escala mundial, no qual o elemento deve ser produzido de acordo com a conveniência econômica e financeira, além de que passou a se vender para o mundo e não apenas para uma região<sup>283</sup>.

Observa-se a interdependência dos países para que tal organização ocorra de maneira eficaz, uma vez que os investidores não possuem limitação geográfica, os mesmos procuram sempre as melhores taxas que remunerem seus capitais<sup>284</sup>. Nesse contexto, é claro a importância das relações comerciais internacionais, já que há

---

<sup>280</sup> Loc. cit.

<sup>281</sup> Ibid., p.60.

<sup>282</sup> Ibid., p.61.

<sup>283</sup> Ibid., p.62.

<sup>284</sup> Ibid., p.63.

grande dependência de insumos que existem no interior de outros países, em adição às transações comerciais e financeiras que são realizadas a qualquer tempo e de qualquer lugar de maneira eficiente e instantânea<sup>285</sup>.

## 2 A RÚSSIA

A Rússia é o país mais extenso do mundo, e já foi a grande União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS, que ficou de fato estruturado em 1922, após a vitória dos bolcheviques na Revolução Russa de 1917<sup>286</sup>, e que teve a sua dissolução em 1991<sup>287</sup>. Com isso, o país que possuía uma ideologia comunista precisou se reconstruir no cenário político de maneira diversa, já que naquela época seus antigos aliados estavam sob o domínio da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), com exceção da Bielorrússia e a Ucrânia<sup>288</sup>.

<sup>285</sup> Ibid., p.63.

<sup>286</sup> DELLAGNEZZE, René. O Conflito Rússia e a Ucrânia. 1. ed. São Paulo: Ed. do Autor, 2022. p.18.

<sup>287</sup> Ibid., p.20.

<sup>288</sup> SOUZA, Danilo Rogerio de. A nova geopolítica Russa e o Eurasianismo. In: Google Acadêmico. Disponível em:

<http://www.revistageopolitica.com.br/index.php/revistageopolitica/article/viewFile/49/48>. Consulta em: 13 set. 2022.

À época da maior expansão da União Soviética, que ocorreu após a II Guerra Mundial, corroborando com a influência política russa nos países frágeis<sup>289</sup>, o mundo era dividido em dois blocos, capitalistas e socialistas<sup>290</sup>, que deram início à Guerra Fria, que nada mais era que uma disputa ideológica. Tal guerra colapsou com a crise do petróleo, em 1973, caracterizada pela acumulação de barris de petróleo pela incompatibilidade entre os planos econômicos e o avanço tecnológico<sup>291</sup>. Somado à isso, começou a surgir dentro do território da URSS questionamentos sobre o sistema, perdendo legitimidade do poder, e implicando na necessidade de atuação no interior das zonas de influência, especialmente na derrota do comunismo na Cortina de Ferro, em 1968<sup>292</sup>.

Nasce, assim, o Pacto de Varsóvia, que era uma aliança militar formada em 1955 pelos países socialistas do leste europeu, com exceção da Iugoslávia, e a União Soviética<sup>293</sup>, visando à proteção contra agressões militares, uma possível guerra nuclear<sup>294</sup> e, principalmente, instituído em oposição à OTAN. Atualmente tal tratado é inexistente, haja vista a extinção da União Soviética.

Ademais, com a entrada de Gorbachev na política russa e a adoção das medidas “glasnost” e “perestroika”, uma para transparência do governo e outra para a reestruturação,

<sup>289</sup> SOUZA, Ana Carolina Machado de. Da Guerra Fria à desintegração da União Soviética. Abrangência: História Contemporânea. ed. Porto Alegre: Sagra Educação S.A., 2021. p.207.

<sup>290</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.14.

<sup>291</sup> SOUZA, Ana Carolina Machado de. op. cit. p.220.

<sup>292</sup> Ibid., p.222.

<sup>293</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.36.

<sup>294</sup> SOUZA, Ana Carolina Machado de. op. cit. p.223.

respectivamente, que mudou a política da URSS e ocasionou uma transição para o regime democrático com a adoção de eleições para os cargos administrativos<sup>295</sup>, possibilitou ainda mais o enfraquecimento do socialismo e os países a demandarem autonomia. Em 1991, após a queda do Muro de Berlim de 1989, quase todos os países já estavam independentes, implodindo a União Soviética e gerando o fim da mesma<sup>296</sup>.

Após essa queda, foram anos de tentativa de reestruturar a economia russa e definir a orientação ideológica e a sua geoestratégica<sup>297</sup>, que por outro lado a OTAN ampliava as suas fronteiras e cercava cada vez mais o território russo. Com a entrada de Vladimir Putin no poder, em 1999, deu-se início à recuperação geopolítica da Rússia, que apenas ocorreu com a confirmação de um projeto nacionalista de recuperação, unindo os interesses econômicos e políticos em relação à necessidade de repor suas bases mínimas de operação<sup>298</sup>. Além disso, para que ocorresse a ampliação da autonomia estatal, “Putin passou a controlar a participação do capital estrangeiro nas empresas estratégicas nacionais”, como pontificam Matheus Ibeli Bianco e Eduardo Tomankievicz Secchi<sup>299</sup>. Entretanto, os

<sup>295</sup> Ibid., p.222.

<sup>296</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.20.

<sup>297</sup> SOUZA, Danilo Rogerio de. op. cit.

<sup>298</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários futuros da Guerra entre a Rússia e a Ucrânia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/72464142/CEN%C3%81RIOS\\_FUTUROS\\_DA\\_GUERRA\\_ENTRE\\_R%C3%9ASSIA\\_E\\_UCR%C3%82NIA](https://www.academia.edu/72464142/CEN%C3%81RIOS_FUTUROS_DA_GUERRA_ENTRE_R%C3%9ASSIA_E_UCR%C3%82NIA). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>299</sup> BIANCO, Matheus Ibeli; SECCHI, Eduardo Tomankievicz. Os impactos da vulnerabilidade econômica russa na formulação da sua Política Externa e de Segurança (PES). Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevistaPerspectiva/article/view/86117/52338>. Consulta em: 13 set. 2022.

investimentos estatais eram realizados aspirando a valorização dos preços de commodities:

Assim, os grandes investimentos estatais realizados a partir de então - principalmente no setor energético - visando o aproveitamento de uma onda de alta dos preços de commodities, passaram a constituir-se em um dos principais instrumentos de dinamização econômica (aos moldes keynesianos) do governo russo. A construção de uma vasta infraestrutura para atender a extração e distribuição de gás e petróleo, estimulado pelo Estado, auxiliou o reaquecimento da demanda doméstica, movimentando a economia nacional. É nesse ponto que se percebe uma dualidade da economia russa, raiz de uma de suas principais vulnerabilidades econômicas: a dependência da exportação de recursos primários para a manutenção de um superávit fiscal e orçamentário, o qual coincide com a alta volatilidade dos preços internacionais.<sup>300</sup>

Partindo-se dessa premissa, compreende-se a interdependência da Rússia com o Ocidente em relação ao ECT, isto é, energia-comércio-tecnologia<sup>301</sup>, no qual a Europa consome grande parte do petróleo e do gás que a Rússia exporta, mas esta deve garantir os custos da manutenção da sua infraestrutura de abastecimento, além da “securização dos gasodutos e oleodutos que passam via Cáucaso, Turquia, Ucrânia e Bielorrússia, bem como a construção de novas infraestruturas via Mar Báltico e pelos Bálcãs”<sup>302</sup>. No âmbito da tecnologia, relaciona-se à necessidade da Rússia de buscar desenvolvimento tecnológico e modernização de seu parque industrial, visto a tecnologia descendente da Europa e o risco da sua

<sup>300</sup> Ibid., p. 69.

<sup>301</sup> Ibid., p. 70.

<sup>302</sup> Ibid., p.71.

renda resultante da venda dos hidrocarbonetos se direcionarem à compra dessas tecnologias ocidentais<sup>303</sup>.

Nesse contexto, a Rússia desenvolveu, no ano de 2000, parceria estratégica com a China, sendo ambas uma resistência frente aos EUA e suas ambições geopolíticas<sup>304</sup>. Assim, foi criado, em 2001, a Organização da Cooperação de Xangai (SCO), afirmando a aliança criada entre Rússia e China nas circunstâncias militares, de combate ao terrorismo, ao fundamentalismo religioso e ao separatismo na região da Ásia<sup>305</sup>. Dessa forma, é possível depreender a busca da Rússia de afirmar sua importância no papel internacional<sup>306</sup>.

Dentro dessa análise, a Rússia economicamente e a sua expansão econômica se caracteriza pela dependência da exportação de setores como o energético e o militar<sup>307</sup>. Portanto, a partir do ano de 2013 a Rússia começou a sofrer sanções econômicas e geográficas por parte dos Estados Unidos, por conta da Guerra Civil na Síria, que levou à proibição de exportação de alguns produtos à Rússia e

<sup>303</sup> Loc. cit.

<sup>304</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários... op. cit.

<sup>305</sup> ALCOFORADO, Fernando. O conflito Rússia e Ucrânia como novo fogo de guerra no mundo. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/70175585/O\\_CONFLITO\\_R%C3%9ASSIA\\_E\\_UCR%C3%82NIA\\_COMO\\_NOVO\\_FOCO\\_DE\\_GUERRA\\_NO\\_MUNDO?email\\_work\\_card=title](https://www.academia.edu/70175585/O_CONFLITO_R%C3%9ASSIA_E_UCR%C3%82NIA_COMO_NOVO_FOCO_DE_GUERRA_NO_MUNDO?email_work_card=title). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>306</sup> MENDES, Carmen Amado; FREIRE, Maria Raquel. A Organização de Cooperação de Xangai como Instrumento Geopolítico Sino-Russo na Ásia Central. In: Google Acadêmico. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21190/1/2008\\_CAM\\_MRF\\_Org\\_Coop\\_Xangai\\_REVISTA\\_GEOPOLITICA\\_2.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21190/1/2008_CAM_MRF_Org_Coop_Xangai_REVISTA_GEOPOLITICA_2.pdf). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>307</sup> BIANCO, Matheus Ibeli; SECCHI, Eduardo Tomankievicz. op. cit.

também sanções contra a sua indústria aeroespacial<sup>308</sup>. Outras sanções foram aplicadas quando a Rússia movimentou as suas tropas na região da Crimeia e no leste da Ucrânia, após a queda do antigo governo ucraniano, como o impedimento de comprar e vender bens, ativos e dividendos, além da sanção geográfica de impedimento de investir na infraestrutura da Crimeia<sup>309</sup>. Somado às sanções já impostas, ocorreu uma sobre a indústria, visando à redução do número de empresas, companhias e bancos no mercado financeiro internacional, e também proibiram a venda de armamento para a União Europeia e EUA. Dessa forma, a Rússia foi limitada no setor bancário, na produção de gás e petróleo e no de defesa<sup>310</sup>.

Portanto, a economia da Rússia sofreu impacto na exportação de seus produtos, que é o que gera grande parte da renda do governo, na importação de produtos agrícolas, máquinas, equipamentos, produtos químicos e veículos, já que a mesma não possui capital para essa produção, e por fim nas oportunidades de financiamento de longo prazo<sup>311</sup>. Tais sanções geraram grandes consequências à Rússia, aumentando o desemprego, diminuindo o consumo interno, a arrecadação fiscal, entre outras, o que é prejudicial à Rússia, haja vista que ocorreu no período em que o país estava se recuperando da crise financeira que ocorreu em 2008<sup>312</sup>.

A Rússia é um dos maiores produtores mundiais de gás natural e de petróleo, o que faz com que muitos entendam que o país dependa dessa produção para compor grande parte das suas

<sup>308</sup> Ibid., p.71.

<sup>309</sup> Loc. cit.

<sup>310</sup> Loc. cit.

<sup>311</sup> BIANCO, Matheus Ibeli; SECCHI, Eduardo Tomankievicz. op. cit. p.72.

<sup>312</sup> Ibid., p.72.

exportações e do seu produto interno bruto (PIB), haja vista que boa parte das receitas orçamentárias se originam da taxaço do comércio dos dois produtos citados<sup>313</sup>. A Rússia, então, procura uma diminuição de sua dependência com relação à exportação de hidrocarbonetos, diversificando a economia<sup>314</sup>.

### 3 A UCRÂNIA

A Ucrânia é um país com forte herança austríaca e polaca, na parte ocidental, haja vista que o território ucraniano foi, no século X e XI, um polo de cultura para os eslavos<sup>315</sup>. Após criar um sentimento de nação muito grande, a Ucrânia, já no século XVII, se manteve autônoma por cerca de 100 anos. Entretanto, o Império Russo absorveu o território ucraniano até a sua consolidação como uma das repúblicas soviéticas da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>316</sup>.

<sup>313</sup> BEZERRA, Valdir Silva. Condição e desafios da economia russa atual: uma avaliação da Era Putin e a situação pós-2014. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/43073902/Condi%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_Desafios\\_da\\_Economia\\_Russa\\_Atual\\_uma\\_Avalia%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Era\\_Putin\\_e\\_a\\_Situa%C3%A7%C3%A3o\\_P%C3%B3s\\_2014](https://www.academia.edu/43073902/Condi%C3%A7%C3%A3o_e_Desafios_da_Economia_Russa_Atual_uma_Avalia%C3%A7%C3%A3o_da_Era_Putin_e_a_Situa%C3%A7%C3%A3o_P%C3%B3s_2014). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>314</sup> Ibid., p.208.

<sup>315</sup> CUNHA, Raul Luis de Moraes Lima Ferreira da. Ucrânia-Rússia O redefinir das Relações Leste-Oeste. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/28068418/UCR%C3%82NIA\\_R%C3%9ASSIA\\_O\\_Redefinir\\_das\\_Rel%C3%A7%C3%B5es\\_Leste\\_Oeste](https://www.academia.edu/28068418/UCR%C3%82NIA_R%C3%9ASSIA_O_Redefinir_das_Rel%C3%A7%C3%B5es_Leste_Oeste). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>316</sup> Ibid., p.2.

É um país independente desde 1991, quando a URSS se dissociou. Por conta disso, possui uma história muito conectada com a Rússia, seu império e a União Soviética, e desde a separação das repúblicas o país se tornou grande disputa de influência entre as potências imperialistas<sup>317</sup>. Todavia, no século XVIII, início da I Guerra Mundial, o lado oeste da Ucrânia, era uma região que possuía certa autonomia e, com isso, desenvolveu uma identidade nacional forte<sup>318</sup>, espelhando o atual lado oriental do território ucraniano, que possui forte sentimento de nação, e o lado ocidental possui aproximação cultural com a Rússia, que se fortaleceu quando diversos trabalhadores russos foram enviados ao território ucraniano por Stálin, para explorar minério e carvão<sup>319</sup>.

A sua independência foi um momento difícil, primeiro porque a Ucrânia decidiu fazer uma consulta popular com receio de que tal declaração de independência viesse causar uma Guerra Civil entre o ocidente e o oriente, e segundo porque os países não estavam reconhecendo a Ucrânia como independente, e a própria Rússia, na prática, não realizava para que de fato ocorresse<sup>320</sup>.

Após finalmente conquistar sua independência, a Ucrânia sofreu diversas crises econômicas, e pouco depois se recuperou com

<sup>317</sup> MOREIRA, Júlio da Silveira. Ucrânia, Imperialismo e Autodeterminação. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/6898718/Ucr%C3%A2nia\\_Imperialismo\\_e\\_Autodetermina%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/6898718/Ucr%C3%A2nia_Imperialismo_e_Autodetermina%C3%A7%C3%A3o). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>318</sup> MIELNICZUK, Fabiano. Ucrânia e Belarus: tão longe do Ocidente e tão perto da Rússia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/14922834/Ucr%C3%A2nia\\_e\\_Belarus\\_T%C3%A3o\\_perto\\_da\\_R%C3%BAssia\\_e\\_t%C3%A3o\\_longe\\_do\\_Ocidente](https://www.academia.edu/14922834/Ucr%C3%A2nia_e_Belarus_T%C3%A3o_perto_da_R%C3%BAssia_e_t%C3%A3o_longe_do_Ocidente). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>319</sup> Ibid., p.50.

<sup>320</sup> Ibid., p.50.

o auxílio dos EUA, visto que este se comprometeu em ajudar economicamente o país, e constatado por Fabiano Mielniczuk “além de auxílio técnico para o transporte para a Rússia, desmantelamento das ogivas nucleares ucranianas e compra do urânio enriquecido”, além de ter iniciado um programa de ajustes de acordo com as orientações do FMI, por volta de 1997, constatando a eficácia da estratégia dos Estados Unidos em atrair a Ucrânia para o Ocidente. Outro fator que confirma:

Além disso, a postura crítica do país ao papel hegemônico da Rússia na CEI se manteve, inclusive com a organização de um grupo que reunia outros descontentes, a GUAM (Geórgia, Ucrânia, Azerbaijão e Moldávia)<sup>321</sup>.

A agricultura é a maior base econômica do país, e produz também diversos tipos de veículos de transporte e naves espaciais, no qual, este último, possui grande exportação para a União Europeia e a Comunidade de Estados Independentes.<sup>322</sup>

Em 2004 ocorreu a Revolução Laranja na Ucrânia, assumindo o poder quem havia perdido as eleições, um governo pró-Ocidental<sup>323</sup>, impedindo o líder pró-Russo Yanukovich, que havia ganhado as eleições, de governar. Tal revolução foi, para Júlio da Silveira Moreira, “mostrada na imprensa ocidental como um modelo de organização e ativismo democrático e resistência pacífica”, que foi

<sup>321</sup> Ibid., p.52.

<sup>322</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.25.

<sup>323</sup> GOMES, Mariana Filipe. As relações União Europeia-Rússia no século XXI e a anexação da Crimeia uma análise geopolítica. In: Google Acadêmico. Disponível em:

<https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/16156/1/TESE%20DE%20MESTRADO%20FINALIZADA-%20IMPRESS%3%83O%20FINAL.pdf>.

Consulta em: 14 set. 2022.

apoiado pelos Estados Unidos. Após esse processo, o Yanukovich continuou sendo encarregado ao poder e derrubado até 2010<sup>324</sup>.

Nesse cenário, em 2014, a crise presente na Ucrânia desencadeou em tensões entre o povo ucraniano, demarcando a instabilidade política que existe no território durante anos<sup>325</sup>. Com a constante celebração de acordo ora entre a Rússia e ora entre a União Europeia, por parte da política de Yanukovich, levou à protestos nas ruas da capital ucraniana, Kiev, em favor da associação à União Europeia, e mesmo com repressões policiais, os protestos continuaram dia após dia<sup>326</sup>, intensificando a cada dia a violência no país.

## 4 A GUERRA

### 4.1 Causas

O atual conflito entre a Rússia e a Ucrânia deu-se início na crise presente na Ucrânia. Tal crise no território ucraniano teve seu marco no final de 2013, quando ocorreu a possibilidade à Yanukovich de firmar o Acordo de Associação com a União Europeia, o que revogaria os acordos celebrados com a Rússia, inclusive o que tratava

<sup>324</sup> MOREIRA, Júlio da Silveira. op. cit.

<sup>325</sup> ALCOFORADO, Fernando. O conflito... op. cit.

<sup>326</sup> MOREIRA, Júlio da Silveira. op. cit.

sobre investimentos à região de Sevastópol e a redução do valor do gás natural, que a Rússia fornecia para à Ucrânia<sup>327</sup>.

A Ucrânia sofre problemas de identidade, haja vista a ex-integração da URSS e a vontade do país de ingressar na União Europeia<sup>328</sup>. Com isso, frente ao impasse de receber o empréstimo da Rússia e assinar o acordo comercial com a União Europeia, o presidente decidiu não aderir a esta, visto a forte crise econômica que a Ucrânia estava prestes a se encontrar.<sup>329</sup>

Ao anunciar a recusa, os ucranianos iniciaram protestos, no qual a Rússia acredita que tais revoltas na praça de Maidan ocorreram por interferências externas, já que era preciso incentivo ou influência de terceiros<sup>330</sup>. Após meses de violência por conta dos protestos e a ineficiência de gestão do governo, Yanukovich assinou um acordo com a União Europeia objetivando estabelecer um prazo para acabar a crise política da Ucrânia, que levou ao presidente à abandonar o país antes de terminar seu mandato<sup>331</sup>.

Em vista disso, grupos pró à associação aos EUA e à União Europeia assumiram o poder, dando continuidade às políticas impostas pelo FMI, que levou a Rússia à anexar a área da Crimeia -

<sup>327</sup>Loc. cit.

<sup>328</sup> GUIMARÃES, Victória Helena. O Jogo da anexação da Crimeia: o conflito ucraniano sob a ótica da teoria dos jogos. In: Google Acadêmico. Disponível em:

<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1383/1/Victoria%20Helena%20Guimar%0c3%a3es.pdf>. Consulta em: 14 set. 2022.

<sup>329</sup> Ibid., p.42.

<sup>330</sup> GOMES, Mariana Filipe. op. cit. p.19.

<sup>331</sup> GUIMARÃES, Victória Helena. op. cit. p.42.

que era península no sul da Ucrânia<sup>332</sup> -, onde possui grande influência no território ucraniano<sup>333</sup>, corroborando com as tensões separatistas existentes por parte do leste da Ucrânia<sup>334</sup>. Isto posto, após a anexação da Crimeia pela Rússia, diversas companhias do setor energético estão realizando uma renegociação com o governo ucraniano<sup>335</sup>.

Com os acontecimentos no território ucraniano em 2014, foi assinado por representantes da Rússia e da Ucrânia o Acordo de Minsk, objetivando o fim da Guerra no Leste da Ucrânia e a criação de uma zona desmilitarizada, facilitando o diálogo entre as partes assinantes e a resolução das disputas terrestres<sup>336</sup>. Apesar da tentativa, a Rússia fracassou no acordo, gerando muitas mortes de ambos os lados.

Em 2019 foi eleito o novo presidente da Ucrânia, Volodymyr Zelensky, que afirmou a intenção de entrada do país na OTAN - aliança militar intergovernamental de apoio aos Estados-membros a qualquer ataque de entidade externa, constituída em 1949 para combater a União Soviética<sup>337</sup>, além de pressionar o presidente Russo para acabar com a ocupação da Rússia no território da Ucrânia<sup>338</sup>, que desencadeou na intervenção militar por parte da Rússia no território

<sup>332</sup> CUNHA, Raul Luis de Moraes Lima Ferreira da. op. cit. p.4.

<sup>333</sup> MOREIRA, Júlio da Silveira. op. cit.

<sup>334</sup> ALCOFORADO, Fernando. O conflito... op. cit.

<sup>335</sup> Loc. cit.

<sup>336</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.27.

<sup>337</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários... op. cit.

<sup>338</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.34.

ucraniano, dando início à Guerra da Rússia e da Ucrânia do dia 24/02/2022.

Cabe ressaltar que a Rússia, ao fim da União Soviética, perdeu grande prestígio e poder por conta do sistema comunista<sup>339</sup>, haja vista a tentativa de encurralar a Rússia com a expansão da OTAN, por parte dos EUA, e a expansão da União Europeia, nascendo a tentativa de se mostrar importante ao mundo. Após essa análise, a tentativa dos Estados Unidos em posicionar as forças da OTAN na fronteira da Rússia, aderindo a Ucrânia à OTAN, traria instabilidade à Rússia<sup>340</sup>, no âmbito militar e econômico.

Desde então, e mais fortemente a partir de 2014, a Rússia estava cada vez mais preocupada em aumentar a proteção da sua fronteira e buscar ocupar locais estratégicos na região<sup>341</sup>, visto seu temor a ataques e invasões por conta dos avanços territoriais estratégicos da OTAN.

#### 4.2 Características

<sup>339</sup> AZEVEDO, Anna Letícia Gomes de; FILHO, Camilo Pereira Carneiro Filho. A geopolítica por trás do conflito da Ucrânia: a ocupação russa e os interesses dos Estados Unidos na Europa. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/85052910/A\\_geopol%C3%ADtica\\_por\\_tr%C3%A1s\\_do\\_conflito\\_da\\_Ucr%C3%A2nia\\_a\\_ocupa%C3%A7%C3%A3o\\_russa\\_e\\_os\\_interesses\\_dos\\_Estados\\_Unidos\\_na\\_Europa](https://www.academia.edu/85052910/A_geopol%C3%ADtica_por_tr%C3%A1s_do_conflito_da_Ucr%C3%A2nia_a_ocupa%C3%A7%C3%A3o_russa_e_os_interesses_dos_Estados_Unidos_na_Europa). Consulta em: 13 set. 2022.

<sup>340</sup> ALCOFORADO, Fernando. O conflito... op. cit.

<sup>341</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz; NETO, José Mariano Muniz. Breves considerações sobre as causas e consequências da invasão russa na Ucrânia. In: Google Acadêmico. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/112/107>. Consulta em: 20 set. 2022.

É essencial observar a importância da Ucrânia para entender a disputa entre os países. A guerra entre a Rússia e a Ucrânia possui características econômicas muito fortes, haja vista a posição estratégica do território ucraniano. Para a Rússia, além de parte da população se identificar com a cultura russa, a Ucrânia é um mercado de investimentos e a sua posição geoestratégica interliga regiões geopolíticas à Rússia, principalmente a União Europeia<sup>342</sup>, somado ao fato de ser o caminho para exportação de gasoduto, fazendo parte da logística de transporte de produtos russos para o mundo. É claro que a perda de influência sobre o território da Ucrânia acarretaria para a Rússia a dificuldade de exportar seus produtos de energia, e a consequente perda da influência na Europa Ocidental<sup>343</sup>.

Já para os Estados Unidos, com o alargamento da OTAN e também para a União Europeia, com a expansão da mesma, há a tentativa de tirar a Ucrânia da influência da Rússia e ampliar ainda mais o cerco que se iniciou após a Guerra Fria<sup>344</sup> e a dissolução da URSS, controlando o socialismo e tornando a Rússia vulnerável<sup>345</sup>. Somado à isso, a promoção de conflitos em áreas vulneráveis ou não adequadas à política externa dos EUA legitima uma possível intervenção militar estadunidense, como ocorreu na Líbia e na Síria<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> GOMES, Mariana Filipe. op. cit. 25.

<sup>343</sup> Ibid., p.25.

<sup>344</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários... op. cit.

<sup>345</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários... op. cit.

<sup>346</sup> AZEVEDO, Anna Letícia Gomes de; FILHO, Camilo Pereira Carneiro Filho. op. cit. p.10.

### 4.3 Consequências

Precipuamente, cabe ressaltar que as guerras possuem custos econômicos para ambas as partes. É claro que a primeira perda é a de “interrupção de todos os fluxos de bens tangíveis e intangíveis que ocorreriam na ausência do conflito”, como destaca Paulo Roberto de Almeida. Essa interrupção afeta de maneira mais abrupta quando é observado a complementaridade ou a dependência entre os países de bens e de mercados, como insumos e bens intermediários<sup>347</sup>, que é o caso em questão. O mesmo ocorre quando há o rompimento das relações, sem entrar em um conflito bélico propriamente dito.

Desse modo, ainda que a Ucrânia tenha conseguido se reestruturar após a sua independência, atualmente, o país depende, não só economicamente, mas comercialmente da Rússia, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de fonte de energia<sup>348</sup>. Em adição, o país russo é o principal comprador de matérias-primas ucranianas.

Com isso, pode ser observado a rede cada vez maior de interações e interdependências econômicas, uma vez que os países não trocam apenas o produto final, mas também os insumos intermediários<sup>349</sup>. Tal qual afeta a soberania dos Estados, haja vista que

<sup>347</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. A guerra da Ucrânia e as sanções econômicas multilaterais. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/77013457/A\\_guerra\\_da\\_Ucr%C3%A2nia\\_e\\_as\\_san%C3%A7%C3%B5es\\_econ%C3%B4micas\\_multilaterais\\_2022](https://www.academia.edu/77013457/A_guerra_da_Ucr%C3%A2nia_e_as_san%C3%A7%C3%B5es_econ%C3%B4micas_multilaterais_2022). Consulta em: 21 set. 2022.

<sup>348</sup> ALCOFORADO, Fernando. O conflito... op. cit.

<sup>349</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz; NETO, José Mariano

a forte circularização de pessoas, capitais, tecnologias e informações levou à necessidade de englobar organismos internacionais públicos e privados, interferindo na esfera de poder, e acarretando em fronteiras não mais observáveis<sup>350</sup>.

Além disso, constata-se a possibilidade de enfraquecimento do poder de Putin e a incitação à outras guerras, pela tomada de postura por parte da Rússia, que levou à diversos países a realizarem sanções econômicas e financeiras à Rússia<sup>351</sup>, prejudicando a ela mesma e também a economia mundial. Alcoforado cita algumas dessas medidas:

Entre as medidas estão a exclusão de bancos russo do sistema Swift de transferências financeiras internacionais e o congelamento de boa parte das reservas do Banco Central da Rússia da ordem de US\$ 630 bilhões mantidas no exterior. Sem acesso a essas reservas financeiras, a moeda russa, o rubro, vai perdendo valor. E, com os países deixando de comprar os produtos ou de vender, as negociações vão diminuindo. E isso tem o potencial de levar a economia russa a uma crise profunda, em que a produção e o consumo vão minguando por falta de insumos para produzir e de recursos para comprar.

É possível observar que tais sanções objetiva não só punir a Rússia, mas, principalmente, sufocar o sistema econômico e

Muniz. op. cit. p. 117

<sup>350</sup> Loc. cit.

<sup>351</sup> ALCOFORADO, Fernando. As Lições da Guerra entre Rússia e Ucrânia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/73192586/AS\\_LI%C3%87%C3%95ES\\_DA\\_GUERRA\\_ENTRE\\_R%C3%A9SSIA\\_E\\_UCR%C3%82NIA](https://www.academia.edu/73192586/AS_LI%C3%87%C3%95ES_DA_GUERRA_ENTRE_R%C3%A9SSIA_E_UCR%C3%82NIA). Consulta em: 3 set. 2022.

financeiro russo<sup>352</sup> e forçar a negociação do fim da guerra por parte do presidente Putin. Entretanto, tais sanções são malignas também para os países que a aplicaram e para o mundo todo, uma vez que, por ser a Rússia um dos maiores produtores mundiais de petróleo e gás natural, o valor desses produtos podem aumentar, caso ocorra redução ou suspensão de tais produtos pela Rússia, impactando no aumento da inflação<sup>353</sup>. Tal fato também corrobora para o aumento das taxas de juros por parte dos bancos centrais, como uma medida de tentar conter a inflação<sup>354</sup> ocasionada.

Tais sanções, que ocorreram unilateralmente, foram impostas pelos membros da ONU, mas que não foram expressamente autorizadas pelo CSNU (Conselho de Segurança das Nações Unidas), que deveria ocorrer, haja vista que as medidas de bloqueio do país agressor, interrupção das relações diplomáticas e a cessação dos intercâmbios econômicos estão previstas na Carta da ONU, mas dependem de uma decisão do CSNU<sup>355</sup>. Logo, as sanções à Rússia encontram-se nos artigos da Liga das Nações e da Carta da ONU, mas não foram autorizadas pelo CSNU.

Analisando no âmbito brasileiro, por conta das sanções econômicas contra à Rússia, a capacidade de importação não só do petróleo, mas de trigo, fertilizantes e insumos agrícolas, foi atingido, afetando o Setor Agrícola Nacional e podendo ocasionar o aumento da inflação<sup>356</sup>. Ademais, o Brasil se posicionou inicialmente com uma

<sup>352</sup> ALCOFORADO, Fernando. As Lições... op. cit.

<sup>353</sup> Loc.cit.

<sup>354</sup> Loc.cit.

<sup>355</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. A guerra... op. cit. p.10.

<sup>356</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.60.

linguagem ambígua e neutra<sup>357</sup> em relação à Guerra da Rússia e da Ucrânia, quebrando a postura favorável e respeitosa ao Direito Internacional, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, no qual dispõe cláusulas fundamentais que consolidam os princípios democráticos<sup>358</sup> que regem a relação da nação brasileira com as internacionais.

Outro fator que passa a ser analisado diante desse conflito, é o início da observação pelos Estados, no qual entendem a necessidade de regressar com as antigas posturas, já que os países precisam ser mais auto suficientes econômica e militarmente e ter cadeias econômicas globais mais aceleradas, da mesma forma que precisam apoiar-se nos seus próprios territórios quando a questão é alimentar a sua própria população<sup>359</sup>.

Além dessas consequências externas, cabe ressaltar que as guerras possuem custos econômicos para ambas as partes. É claro que a primeira perda é a de “interrupção de todos os fluxos de bens tangíveis e intangíveis que ocorreriam na ausência do conflito”, como destaca Paulo Roberto de Almeida. Essa interrupção afeta de maneira mais abrupta quando é observado a complementaridade ou a dependência entre os países de bens e de mercados, como insumos e bens intermediários<sup>360</sup>, que é o caso em questão. O mesmo ocorre

<sup>357</sup> Ibid., p.12.

<sup>358</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e a guerra de agressão da Rússia contra a Ucrânia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/78954459/O\\_Brasil\\_e\\_a\\_guerra\\_de\\_agress%C3%A3o\\_da\\_R%C3%BAssia\\_contra\\_a\\_Ucr%C3%A2nia\\_2022](https://www.academia.edu/78954459/O_Brasil_e_a_guerra_de_agress%C3%A3o_da_R%C3%BAssia_contra_a_Ucr%C3%A2nia_2022). Consulta em: 3 set. 2022.

<sup>359</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz; NETO, José Mariano Muniz. op. cit. p.127.

<sup>360</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. A guerra... op. cit. p.3.

quando há o rompimento das relações, sem entrar em um conflito bélico propriamente dito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, é possível verificar-se no presente estudo que foram diversos fatores que contribuíram para que a Rússia invadisse a Ucrânia. Desse início à guerra, além de tensões e desentendimentos, passando pelo processo de formação da Comunidade dos estados Independentes, com as três repúblicas eslavas<sup>361</sup>, houve o interesse dos EUA pelo território ucraniano geoestratégico, o fracasso do Acordo de Minsk<sup>362</sup>, após a fixação da Criméia, que visava por fim nos conflitos do Leste e Sul da Ucrânia, entre outros que demonstram que os fatores se prolongam desde a época da URSS, no contexto da guerra ideológica entre capitalismo e socialismo<sup>363</sup>, fruto de interesses geopolíticos das potências.

Logo, percebe-se que tais conflitos foram momentaneamente pacificados, mas nunca de fato resolvidos e apagados da história<sup>364</sup>, sendo a tentativa de expansão da OTAN por parte dos Estados Unidos apenas o estopim para o início da Guerra. Isto posto, fica claro que a guerra não ocorreu de maneira repentina, acumulando tensões não só entre a Rússia e a Ucrânia, mas também

<sup>361</sup> Ibid., p.20.

<sup>362</sup> Ibid., p.27.

<sup>363</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.14.

<sup>364</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz; NETO, José Mariano Muniz. op. cit. p. 127.

entre a União Europeia<sup>365</sup> e os EUA, estremecendo cada vez mais as suas relações.

A Rússia após o início da Era Putin teve claro crescimento econômico, porém passou a depender da exportação dos recursos energéticos<sup>366</sup>, acarretando na necessidade de realizar diversas tentativas para não perder a sua influência e suas rotas comerciais de gás e petróleo<sup>367</sup>, além de precisar das matérias-primas produzidas no território ucraniano. A Ucrânia também passou a depender da Rússia, já que a mesma importa seu gás natural, sendo a fonte de energia principal ao país<sup>368</sup> para abastecimento, não podendo se desprender da mesma, constatando-se uma interdependência recíproca entre elas.

Com os consequentes reflexos internacionais de tal guerra, no Sistema Financeiro Internacional e na movimentação das Bolsas de Valores<sup>369</sup>, com aumento da inflação e o crescente juros dos Bancos Centrais na tentativa de reestabelecer a economia mundial e, especificamente no Brasil, o aumento do preço de diversos produtos derivados do petróleo e do gás natural, além de insumos agrícolas, por conta da atual dificuldade de exportação dos produtos vindos da Rússia, percebe-se a crescente interdependência econômica dos países

<sup>365</sup> GOMES, Mariana Filipe. op. cit.76.

<sup>366</sup> BEZERRA,Valdir Silva. op. cit. p.211.

<sup>367</sup> LEITE, Alexandre Cesar Cuha; LUCENA, Arthur Mastroiani Máximo de; NOBRE, Fábio Rodrigo Ferreira. Invasão à Crimeia: influência ocidental na Ucrânia e retaliação Russa. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/42811327/Invas%C3%A3o\\_%C3%A0\\_Crimeia\\_influ%C3%A2ncia\\_ocidental\\_na\\_Ucr%C3%A2nia\\_e\\_retalia%C3%A7%C3%A3o\\_Russa](https://www.academia.edu/42811327/Invas%C3%A3o_%C3%A0_Crimeia_influ%C3%A2ncia_ocidental_na_Ucr%C3%A2nia_e_retalia%C3%A7%C3%A3o_Russa). Consulta em: 21 set. 2022.

<sup>368</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários... op. cit.

<sup>369</sup> DELLAGNEZZE, René. op. cit. p.60.

na produção de bens e serviços com a globalização<sup>370</sup>, destacando-se que não é possível para um país capitalista sobreviver nos dias atuais sem uma relação comercial contínua com outros centros de produção<sup>371</sup>.

Por derradeiro, é possível perceber que a velha ordem mundial permeia até os dias atuais a resolução dos conflitos de interesses entre as potências através dos meios militares, e não só diplomaticamente<sup>372</sup>. Além disso, deve-se entender a necessidade de compreender a guerra como um todo, seus fatores, e buscar informações, para que não ocorra de apenas acreditar e repassar os fatos rasos vinculados pela mídia<sup>373</sup>.

## REFERÊNCIAS

<sup>370</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2019. p.60.

<sup>371</sup> Ibid., p.63.

<sup>372</sup> ALCOFORADO, Fernando. Cenários... op. cit.

<sup>373</sup> AZEVEDO, Anna Letícia Gomes de; FILHO, Camilo Pereira Carneiro Filho. op. cit. p.14.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2019.

ALCOFORADO, Fernando. As Lições da Guerra entre Rússia e Ucrânia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/73192586/AS\\_LI%C3%87%C3%95ES\\_DA\\_GUERRA\\_ENTRE\\_R%C3%9ASSIA\\_E\\_UCR%C3%82NIA](https://www.academia.edu/73192586/AS_LI%C3%87%C3%95ES_DA_GUERRA_ENTRE_R%C3%9ASSIA_E_UCR%C3%82NIA). Consulta em: 13 set. 2022.

ALCOFORADO, Fernando. Cenários futuros da Guerra entre Rússia e Ucrânia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/72464142/CEN%C3%81RIOS\\_FUTUROS\\_DA\\_GUERRA\\_ENTRE\\_R%C3%9ASSIA\\_E\\_UCR%C3%82NIA](https://www.academia.edu/72464142/CEN%C3%81RIOS_FUTUROS_DA_GUERRA_ENTRE_R%C3%9ASSIA_E_UCR%C3%82NIA). Consulta em: 13 set. 2022.

ALCOFORADO, Fernando. O conflito Rússia e Ucrânia como novo foco de guerra no mundo. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/70175585/O\\_CONFLITO\\_R%C3%9ASSIA\\_E\\_UCR%C3%82NIA\\_COMO\\_NOVO\\_FOCO\\_DE\\_GUERRA\\_NO\\_MUNDO?email\\_work\\_card=title](https://www.academia.edu/70175585/O_CONFLITO_R%C3%9ASSIA_E_UCR%C3%82NIA_COMO_NOVO_FOCO_DE_GUERRA_NO_MUNDO?email_work_card=title). Consulta em: 13 set. 2022.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A guerra da Ucrânia e as sanções econômicas multilaterais. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/77013457/A\\_guerra\\_da\\_Ucr%C3%A2](https://www.academia.edu/77013457/A_guerra_da_Ucr%C3%A2)

[nia e as sanções econômicas multilaterais 2022](#). Consulta em: 21 set. 2022.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e a guerra de agressão da Rússia contra a Ucrânia. In: Academia.edu. Disponível em:

[https://www.academia.edu/78954459/O\\_Brasil\\_e\\_a\\_guerra\\_de\\_agress%C3%A3o\\_da\\_R%C3%BAssia\\_contra\\_a\\_Ucr%C3%A2nia\\_2022](https://www.academia.edu/78954459/O_Brasil_e_a_guerra_de_agress%C3%A3o_da_R%C3%BAssia_contra_a_Ucr%C3%A2nia_2022). Consulta em: 3 set. 2022.

AZEVEDO, Anna Letícia Gomes de; FILHO, Camilo Pereira Carneiro Filho. A geopolítica por trás do conflito da Ucrânia: a ocupação russa e os interesses dos Estados Unidos na Europa. In: Adademia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/85052910/A\\_geopol%C3%ADtica\\_por\\_tr%C3%A1s\\_do\\_conflito\\_da\\_Ucr%C3%A2nia\\_a\\_ocupa%C3%A7%C3%A3o\\_russa\\_e\\_os\\_interesses\\_dos\\_Estados\\_Unidos\\_na\\_Europa](https://www.academia.edu/85052910/A_geopol%C3%ADtica_por_tr%C3%A1s_do_conflito_da_Ucr%C3%A2nia_a_ocupa%C3%A7%C3%A3o_russa_e_os_interesses_dos_Estados_Unidos_na_Europa). Consulta em: 13 set. 2022.

BEZERRA, Valdir Silva. Condição e desafios da economia russa atual: uma avaliação da Era Putin e a situação pós-2014. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/43073902/Condi%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_Desafios\\_da\\_Economia\\_Russa\\_Atual\\_uma\\_Avalia%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Era\\_Putin\\_e\\_a\\_Situa%C3%A7%C3%A3o\\_P%C3%B3s\\_2014](https://www.academia.edu/43073902/Condi%C3%A7%C3%A3o_e_Desafios_da_Economia_Russa_Atual_uma_Avalia%C3%A7%C3%A3o_da_Era_Putin_e_a_Situa%C3%A7%C3%A3o_P%C3%B3s_2014). Consulta em: 13 set. 2022.

BIANCO, Matheus Ibeli; SECCHI, Eduardo Tomankievicz. Os impactos da vulnerabilidade econômica russa na formulação da sua Política Externa e de Segurança (PES). Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevistaPerspectiva/article/view/86117/52338>. Consulta em: 13 set. 2022.

CUNHA, Raul Luis de Moraes Lima Ferreira da. Ucrânia-Rússia O redefinir das Relações Leste-Oeste. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/28068418/UCR%C3%82NIA\\_R%C3%9ASSIA\\_O\\_Redefinir\\_das\\_Rela%C3%A7%C3%B5es\\_Leste\\_Oeste](https://www.academia.edu/28068418/UCR%C3%82NIA_R%C3%9ASSIA_O_Redefinir_das_Rela%C3%A7%C3%B5es_Leste_Oeste). Consulta em: 13 set. 2022.

DELLAGNEZZE, René. O Conflito Rússia e a Ucrânia. 1. ed. São Paulo: Ed. do Autor, 2022.

GOMES, Mariana Filipe. As relações União Europeia-Rússia no século XXI e a anexação da Crimeia uma análise geopolítica. In: Google Acadêmico. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/16156/1/TESE%20DE%20MESTRADO%20FINALIZADA-%20IMPRESS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Consulta em: 14 set. 2022.

GUIMARÃES, Victória Helena. O Jogo da anexação da Crimeia: o conflito ucraniano sob a ótica da teoria dos jogos. In: Google Acadêmico. Disponível em:

<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1383/1/Victoria%20Helena%20Guimar%0c3%a3es.pdf>. Consulta em: 14 set. 2022.

LEITE, Alexandre Cesar Cuha; LUCENA, Arthur Mastroiani Máximo de; NOBRE, Fábio Rodrigo Ferreira. Invasão à Crimeia: influência ocidental na Ucrânia e retaliação Russa. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/42811327/Invas%0c3%A3o\\_%0c3%A0\\_Crimeia\\_influ%0c3%AAncia\\_ocidental\\_na\\_Ucr%0c3%A2nia\\_e\\_retalia%0c3%A7%0c3%A3o\\_Russa](https://www.academia.edu/42811327/Invas%0c3%A3o_%0c3%A0_Crimeia_influ%0c3%AAncia_ocidental_na_Ucr%0c3%A2nia_e_retalia%0c3%A7%0c3%A3o_Russa). Consulta em: 21 set. 2022.

MENDES, Carmen Amado; FREIRE, Maria Raquel. A Organização de Cooperação de Xangai como Instrumento Geopolítico Sino-Russo na Ásia Central. In: Google Acadêmico. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21190/1/2008\\_CAM\\_MRF\\_Org\\_Coop\\_Xangai\\_REVISTA\\_GEOPOLITICA\\_2.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21190/1/2008_CAM_MRF_Org_Coop_Xangai_REVISTA_GEOPOLITICA_2.pdf). Consulta em: 13 set. 2022.

MIELNICZUK, Fabiano. Ucrânia e Belarus: tão longe do Ocidente e tão perto da Rússia. In: Academia.edu. Disponível em: [https://www.academia.edu/14922834/Ucr%0c3%A2nia\\_e\\_Belarus\\_T%0c3%A3o\\_perto\\_da\\_R%0c3%BAssia\\_e\\_t%0c3%A3o\\_longe\\_do\\_Ocidente](https://www.academia.edu/14922834/Ucr%0c3%A2nia_e_Belarus_T%0c3%A3o_perto_da_R%0c3%BAssia_e_t%0c3%A3o_longe_do_Ocidente). Consulta em: 13 set. 2022.

MOREIRA, Júlio da Silveira. Ucrânia, Imperialismo e Autodeterminação. In: Academia.edu. Disponível em:

[https://www.academia.edu/6898718/Ucr%0c3%A2nia\\_Imperialismo\\_e\\_Autodetermina%0c3%A7%0c3%A3o](https://www.academia.edu/6898718/Ucr%0c3%A2nia_Imperialismo_e_Autodetermina%0c3%A7%0c3%A3o). Consulta em: 13 set. 2022.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz; NETO, José Mariano Muniz. Breves considerações sobre as causas e consequências da invasão russa na Ucrânia. In: Google Acadêmico. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/artic/e/view/112/107>. Consulta em: 14 set. 2022.

SOUZA, Ana Carolina Machado de. Da Guerra Fria à desintegração da União Soviética. Abrangência: História Contemporânea. ed. Porto Alegre: Sagah Educação S.A., 2021.

SOUZA, Danilo Rogerio de. A nova geopolítica Russa e o Eurasianismo. In: Google Acadêmico. Disponível em:

<http://www.revistageopolitica.com.br/index.php/revistageopolitica/article/viewFile/49/48>. Consulta em: 13 set. 2022.

## A ATUAÇÃO POLICIAL COMO GARANTIA DA LIVRE INICIATIVA ENQUANTO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO BRASILEIRA.

Cleber da Cruz Cunha

Doutorando PPGDIN/UFF

[teto.maeto@gmail.com](mailto:teto.maeto@gmail.com)

Mônica Alves de Carvalho Cunha

Pós-Graduada em Penal e Processo Penal-EMERJ

[kinhakunha@gmail.com](mailto:kinhakunha@gmail.com)

### RESUMO.

O Brasil, com a Constituição Federal de 1988, renasce juridicamente como uma república democrática de direito, estrutura que traz, em seu bojo, uma série de compromissos umbilicais; outrossim, o Brasil elencou como um dos fundamentos da referida estrutura o valor social da livre iniciativa, princípio, assim, informativo e alicerce da ordem econômica, o qual exige uma atuação pautada no princípio da confiança. Ocorre que dados coletados mostram que há uma efetiva tergiversação desse atuar, implicando a instauração de persecuções criminais *in limine*. O presente trabalho, assim, visa a

358

analisar a atuação da polícia judiciária enquanto vetor protetivo da ordem econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Ordem Econômica; Livre Iniciativa; Princípio da Confiança; Segurança Pública; Polícia Judiciária.

### I – INTRODUÇÃO.

O Brasil, com a Constituição Federal de 1988, renasce juridicamente como uma república democrática de direito, estrutura que traz, em seu bojo, uma série de compromissos umbilicais vinculados à *res publica* – enquanto bens que suportam a existência estatal, ao *demos kratos* – que aponta a titularidade do poder estatal, e ao estado de direito – no qual a *lei* tem supremacia que até o próprio Estado se submete.

A partir dessa composição estatal, o Brasil elenca como um dos fundamentos da referida estrutura o valor social da livre iniciativa, como princípio informativo e fundante da ordem econômica, implicando o direito de livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos estatais, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

Há de se observar que a liberdade econômica, na realidade brasileira, é temperada com objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; e a promoção do

359

bem estar de todos; o que aponta para um exercício que visa a existência digna de todos, nos ditames da justiça social.

A atividade econômica, assim, para atingir seus objetivos, deve pautar-se em alguns princípios, entre os quais, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, do meio ambiente, e a busca do pleno emprego.

O conjunto posto, parece exigir um obrar pautado no princípio da confiança, a partir do qual se espera que cada vetor proteja as legítimas expectativas da respectiva atuação, ou seja, que cada integrante do sistema aja nos limites legais, de modo a permitir que sejam alcançados todos os objetivos que orbitam o princípio da livre iniciativa, e, assim, da ordem econômica.

Há de se ver que, a despeito da efetiva necessidade da confiança como elemento fundante de uma ordem econômica pautada no princípio da livre iniciativa, vê-se que vários atores desse sistema agem fora dos parâmetros legais, cuja prática chega, inclusive, a adentrar na esfera criminal, implicando, parece, em um primeiro momento, o ferimento a um marco fundante do sistema econômico, que pode gerar uma série de consequência sociais; e, por outro, um atuar que vai de encontro aos próprios esteios da república, da democracia, e do estado de direito, estrutura basilar do Brasil.

A realidade posta fica evidente, parece, ao se analisar os dados de inquéritos policiais instaurados somente pela Polícia Federal brasileira, com o fim de investigar crimes que envolvem o mercado financeiro e econômico, em que, nos últimos 22 anos, 56.652 inquéritos foram instaurados, tendo, atualmente, 9.948 inquéritos em andamento, como melhor se verá abaixo.

A situação vislumbrada mostra a importância da atividade policial, em particular no que tange à atuação da Polícia Federal e das Polícias Cíveis, como polícias judiciárias, na proteção do sistema econômico, como um dos reflexos da segurança pública, que, entre suas atribuições constitucionais, cabe o dever de preservar a ordem pública e o patrimônio, e, assim, como elemento do conjunto, a ordem econômica.

O objetivo primário, assim, deste trabalho, será analisar a atuação das forças de segurança pública, em particular das polícias judiciárias, na proteção do sistema econômico e, assim, do fundamento da livre iniciativa. A fim de alcançar o referido objetivo, em sede secundária, analisar-se-á o sistema econômico e a constituição federal de 1988, bem como o princípio da confiança e sua tergiversação no âmbito brasileiro.

A busca dos referidos objetivos se dará, metodologicamente, através de análise dos dados postos acima, bem como, de uma revisão bibliográfica, percorrendo-se os seguintes itens: O sistema econômico e a Constituição Federal de 1988; o princípio da confiança e sua tergiversação; e, a atuação policial como proteção do sistema econômico; apontando-se, ao fim, as conclusões do presente estudo.

Há de se registrar que, pela especificidade de termos utilizados pela doutrina, em particular no que tange à Direito Econômico e demais ciências que orbitam o tema, evitar-se-á termos eminentemente técnicos, pautando-se em uma linguagem jurídica ordinária, usando, por exemplo, como sinônimos, os termos “ordem” e “sistema”, quando referentes à atividade econômica desenvolvida no cenário brasileiro.

## II – O SISTEMA ECONÔMICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O Brasil, com a renascimento jurídico ocorrido com a Constituição de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, formatação política que traz em seu bojo uma série de compromissos estatais que perpassam pela coisa pública, pela titularidade e exercício do poder, bem como pela *lei*<sup>374</sup> enquanto instrumento regulador das relações interpessoais.

A república, enquanto forma de governo, entre vários aspectos, volta-se para a concepção da *res publica*, ou seja, do conjunto de bens escolhidos pelo Estado que suportam a sua existência, apontando para uma coisa do povo, voltada para a utilidade comum, que se perfaz sob um vínculo comunitário (BONAVIDES, 1995, p.

<sup>374</sup> Há de se registrar que o uso do termo lei em itálico – *lei* – deve ser lido em sentido amplo, uma vez que o Estado de Direito, a despeito de ter como norte a lei em sentido estrito, abarca outras estruturas normativas em seu conjunto, como melhor se verá mais abaixo neste trabalho.

62), baseado em uma reunião juridicamente consentida, com a outorga do uso do bem públicos no trato utilitário comum (CANOTILHO et. al., 2013, p. 108).

A democracia, por sua vez, enquanto regime de governo, orbita em torno do poder estatal, que, nesse sentido, seja quanto à sua titularidade, seja quanto ao seu exercício – com exceções legais de delegação e representação, concentra-se no povo, *demos kratos*, cuja expressão lincolniana “governo do povo, para o povo, pelo povo” parece concatenar o âmago desse regime no qual a vontade do povo se impõe, ou deveria se impor, a todas as questões estatais importantes (BONAVIDES, 1995, p. 267).

O Estado de Direito, por sua vez, aponta para o fato que o Brasil escolheu a *lei* como elemento modelador da vivência estatal, que, assim, em uma relação consentida, cuja legitimação decorre da atuação do próprio povo na elaboração da mesma (NOVELINO, 2012, p. 42), a todos submete ao seu comando, seja no que tange às relações entre os indivíduos, seja na relação entre o Estado e o indivíduo, e, portanto, o povo.

Não se pode olvidar que o Estado de Direito, a despeito da proeminência e relevância da lei em sentido estrito (VIEIRA, 2021, p. 128), abarca, ainda e entre outros, normas infralegais, princípios (MEIRELLES, 2000, p. 82), costume (FRANÇA, 1996, p. 14, *apud*

TARTUCE, 2016, 18), jurisprudência (TARTUCE, 2016, 18), tendo, outrossim, como fonte, os estudos doutrinários<sup>375</sup>.

O Brasil, a partir dessa estruturação nuclear, que aponta a *res publica* como conjunto de bens que suportam a existência estatal, tem o povo como titular do poder estatal – *demos kratos*, e que apõe a *lei* como elemento modelador da vivência estatal, indica como um dos seus fundamentos “o valor social da livre iniciativa”, apontando-o como princípio informativo e fundante da ordem econômica (NOVELINO, 2012, p. 385).

SILVA (2009, p. 709 *apud* VILELA, 2022, p. 42), ao analisar o princípio da livre iniciativa, afirma, entre outras coisas, que:

A livre iniciativa [...] configura-se como um desdobramento da liberdade. A sua inclusão na ordem econômica demonstra a opção brasileira pela economia de mercado já que a livre-iniciativa significa a garantia da iniciativa privada, princípio básico do capitalismo.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, ADC 66, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 21-12-2020, P, DJE de 19-3-2021), nesse sentido, ao anotar a Constituição Federal através dos seus julgados, quanto ao objetivo fundamental da livre iniciativa, apontou que a

<sup>375</sup> Há de se ver que esta composição do Estado de Direito foi normatizada, em parte, e entre outros, no artigo 2º, caput, e inciso II, ambos da Lei n 9784/99; artigo 4º da Decreto-Lei nº 4657/1942; artigos 97 a 100, todos do Código Tributário Nacional – Lei nº 5172/1966.

liberdade econômica é fonte da garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como do livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados respectivamente no inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República.

Há de se observar que, a despeito do Brasil adotar o capitalismo, com fulcro no princípio da livre iniciativa e, assim, na liberdade de mercado, típicos de Constituições liberais (BERCOVICI, 2005, p. 32 *apud* VILELA, 2022, p. 37), essa estrutura deve ser lida e entendida no contexto maior da Constituição Federal de 1988, que impõe *grano salis* a essa opção econômica, e, logo, lentes por meio das quais deve o referido sistema ser lido.

A leitura do sistema econômico brasileiro deve, nessa perspectiva, ser feita pela ótica dos seus objetivos fundamentais, ou seja, fins precípuos que os poderes públicos devem envidar todos os esforços para que sejam alcançados (NOVELINO, 2012, p. 388), como a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem estar de todos.

Essa sistemática reflete as mudanças constitucionais ocorridas a partir da Primeira Guerra Mundial, em que, além da positivação de direitos individuais, passa-se a se observar a inserção de direitos sociais ou direitos de prestação, que preveem tarefas políticas de âmbito econômico e social, que visam a atingir certos objetivos, inaugurando o chamado constitucionalismo social (VILELA, 2022, p. 37), que, parece, no viés brasileiro, deve ser suportado pelo sistema econômico.

Essa sistemática de leitura é positivada e sintetizada, ao que tudo indica, no artigo 170 da CRFB, no qual se lê que “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, apontando, em seguida, a observância dos seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A ordem econômica, na estruturação brasileira, como posto, firma-se, inicialmente, na valorização do trabalho humano, o que implica a necessidade de se conferir tratamento adequado aos concernidos envolvidos, o que se perfaz com a garantia de direitos, como os previstos no art. 6<sup>a</sup> da CRFB, com políticas públicas voltadas à educação e, assim, à capacitação do trabalhador, o que permitirá, em amálgama, o desenvolvimento do indivíduo enquanto ser humano (VILELA, 2022, p. 42), firmando o fundamento da dignidade da pessoa humana (Art. 1<sup>o</sup>, III, da CRFB), bem como o princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4<sup>o</sup>, II, da CRFB).

A despeito de eventual discussão acerca de prevalência dessa valorização do trabalho humano sobre os demais vetores principiológicos (VILELA, 2022, p. 42), vê-se que a ordem econômica orbita em torno do indivíduo, a partir de cujo labor progride a

sociedade, o que impõe uma releitura, em nível pessoal, da repartição do produto econômico, o que passa a ser uma exigência de qualquer política econômica capitalista (GRAU, 1988, p. 245 *apud* NOVELINO, 2012, pp. 1041-1042), implicando a concretização da justiça social enquanto distribuição da riqueza produzida, que permite uma existência digna, em condição social de bem-estar verificável a partir do padrão de vida da comunidade (REDECKER, 1988, p. 2105 *apud* NOVELINO, 2012, p. 1042).

Essa conformação em torno do indivíduo é vista ainda quando se firmam, principiologicamente, a redução das desigualdades regionais e sociais, bem como a busca do pleno emprego, o que, por um lado, concretiza o fundamento da dignidade da pessoa humana, e, de outro, firma os esteios do Brasil enquanto república democrática de direito, como posto acima.

A soberania nacional é outro norte do sistema econômico, implicando a busca da autonomia e independência do Brasil na perspectiva internacional, uma vez que sem soberania econômica, não se pode falar em soberania política, observando-se que, em razão da globalização, não se vislumbra um país que seja totalmente independente economicamente do restante da comunidade internacional, vendo-se, então, a soberania econômica como uma preferência pelo desenvolvimento nacional (VILELA, 2022, pp. 50 - 51), o que se percebe, por exemplo, no *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*.

A ordem econômica, na leitura posta pela Constituição Federal de 1988, firma-se, outrossim, na propriedade privada que, posta como direito fundamental, permite ao indivíduo, na regulamentação dada pelo Código Civil Brasileiro, usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, Código Civil, art. 1228), o que assegura, no viés econômico, direito à propriedade dos fatores de produção e circulação de bens nos respectivos ciclos, perfazendo-se instrumento garantidor da livre iniciativa (FIGUEIREDO, 2013, p. 62 *apud* VILELA, 2022, pp. 51 - 52).

Há de se observar que a propriedade privada deve ser entendida no contexto maior posto pela ordem constitucional, implicando o gozo do respectivo direito para além de sua lógica individualista e absoluta, voltando-se para o escopo do social, quando o poder-dever do proprietário passa a ter como condicionante a finalidade social, e, assim, a busca de um fim coletivo (VILELA, 2022, pp. 52 - 53).

FIGUEIREDO (2013, p. 63 *apud* VILELA, 2022, p. 53), nessa perspectiva, ao falar da função social da propriedade, afirma que:

Consiste no condicionamento *racional* do uso da propriedade privada imposto pela força da lei, sob pena de expropriação, no qual o Poder Público interfere na *manifestação volitiva do titular* da propriedade, garantindo que a fruição desta atinja fins sociais mais amplos de interesse da coletividade, tais como o bem-estar social e a justiça distributiva. (Grifo nosso).

A observância da responsabilidade social na consecução da ordem econômica é exigida, ainda, na defesa do consumidor, uma vez que, como um elo da cadeia econômica, seja como destinatário final fático – que retira o bem do mercado para adquiri-lo ou utilizá-lo; seja como destinatário final econômico – que coloca um fim na cadeia de produção; o mesmo é reconhecido, na ordem legal, com parte hipossuficiente, e, assim, vulnerável (MARQUES et al., 2013, pp. 115-18), que deve, nesse sentido, ser protegido por todo o sistema econômico.

Essa abordagem social e protetiva perpassa, ainda, na defesa do meio ambiente, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cuja preservação se impõe a todos para as presentes e futuras gerações, nos termos do artigo 170, VI, e do artigo 225, todos da CRFB, condicionando a atividade produtiva ao respeito ao meio ambiente (VILELA, 2022, p. 62), como reflexo de um direito fundamental da pessoa humana (NOVELINO, 2012, p. 1091).

Há de se observar, outrossim, que a ordem econômica se firma sob o primado da livre concorrência, o que pressupõe, por um lado, uma disputa entre concernidos que desenvolvem uma atividade lícita, em um mesmo segmento de mercado; e, por outro, o gozo da liberdade de participar no mercado sem a indevida interferência de terceiros ou do próprio Poder Público, de forma que a competição se perfaça de forma justa e, assim, sem qualquer tipo de abuso (VILELA, 2022, p. 55).

O conjunto posto mostra que a atividade econômica, a despeito de pautar-se na livre iniciativa, é balizada por um conjunto

principiológico que exige uma responsabilidade social dos concernidos que atuam na concretização da ordem econômica, o que a liga aos fundamentos da república (CANOTILHO et al, 2013, p. 134) e, assim, ao conceito de *res publica*, enquanto bem que suporta a existência estatal, voltada para um trato utilitário comum (CANOTILHO et. al., 2013, p. 108).

Essa perspectiva dos valores sociais evoca uma ideia de transindividualidade (CANOTILHO et al, 2013, p. 134), que, para além dos regramentos legais e intervenções do Poder Público, exige do concernido, parece, um atuar pautado no princípio da confiança, em que cada um fará, racional e volitivamente (FIGUEIREDO, 2013, p. 63 *apud* VILELA, 2022, p. 53), independentemente de um controle ou imposição, o que é legalmente previsto para a ordem econômica, como melhor se verá abaixo.

### III – O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E SUA TERGIVERSAÇÃO.

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, o que pressupõe uma série de compromissos umbilicalmente ligados a essa formatação estatal, a qual perpassa, entre outras coisas, como analisado acima, pelo reconhecimento de bens públicos que suportam a existência estatal, pela titularidade e exercício do poder, bem como pela submissão de todos à lei, como elemento normalizador das relações jurídicas e sociais ocorridas no cenário brasileiro.

A referida moldura estatal estabelece uma série de direitos aos indivíduos que compõem o elemento subjetivo do Estado, isto é, o povo, o qual, parece, na concepção constitucional brasileira, afastadas discussões doutrinárias sobre o tema, é composto pelas pessoas presentes no território nacional, em dado momento, seja em que condição jurídica for, inclusive estrangeiros e apátridas (BONAVIDES, 1995, p. 68), o que coloca cada indivíduo como coconstrutor e corresponsável da manutenção e desenvolvimento societários, e da coesão social (HABERMAS, 1997. p.35), implicando uma série de deveres dos quais a pessoa não pode se desvencilhar (HABERMAS, 2013, p. 122), o que engloba, entre outras coisas, a atuação como vetor na ordem econômica.

A atuação dos agentes econômicos, a despeito de normas de direção de conteúdo imperativo, determinante e coercitivo, e de normas de indução, que buscam estimular a adesão a determinada política econômica (VILELA, 2022, p. 27), há de se pautar em um agir firmado na perspectiva do indivíduo, que como parte do elemento subjetivo do Estado, é, como posto, coconstrutor da realidade societária, implicando um dever de atuar com base no princípio da confiança, do qual se extrai a expectativa de que cada um fará o que está disposto na lei, em respeito ao seu semelhante, cujo reflexo é um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais (TARTUCE, 2009, p. 100), estado fático que deve permear todo o sistema estruturador do Estado, incluindo, no caso do presente trabalho, a ordem econômica.

Não se pode olvidar que há discussão doutrinária no que tange ao princípio da confiança e os princípios tangenciados da boa-fé e da

eticidade, seja, pela aproximação do elemento volitivo do indivíduo, comum a todos, seja pela falta de uma clara definição dos contornos dos referidos princípios, o que redundará em confusão e problemas na aplicação dos mesmos (MARTINS, 2007, p. 178).

Nesse sentido, alguns doutrinadores apontam que o princípio da confiança seria conteúdo da boa-fé objetiva e forte expressão da solidariedade social; enquanto outros entendem que boa-fé e confiança são princípios que não se tocam, mas se complementam, e, assim, coexistem de forma independente um do outro, e não em decorrência do outro (MARTINS, 2007, pp. 182-183).

O princípio da confiança, assim, seria a direção a partir da qual se espera que cada indivíduo proteja as legítimas expectativas da respectiva atuação (MARTINS, 2007, p. 179), ou seja, que cada integrante do sistema atue nos limites legais, de modo a permitir que sejam alcançados todos os objetivos que orbitam o princípio econômico da livre iniciativa, que se põe como um norte orientador da ordem econômica brasileira.

Não se pode olvidar que o princípio da confiança é mais estudado em sua relação com o Estado, quando é mais estritamente reconhecido e lido como princípio confiança legítima, o qual parte da boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos estatais sejam lícitos e, nessa perspectiva, serão mantidos e respeitados tanto pela Administração estatal, como por terceiros (DI PIETRO, 2011, p. 87), situação que, como posta, não afasta a leitura do princípio da confiança em sua ótica individual.

MARTINS (2007, p. 179), ao tratar sobre a necessidade de uma efetiva proteção da confiança legítima, apontou, *in verbis*, que:

Em sua primeira função, que poderíamos chamar de sua dimensão negativa, ela busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros. Nesta dimensão, a confiança permite aos indivíduos prosseguirem com a consecução de suas atividades, *protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiaram.* (Grifo nosso).

O princípio da boa-fé, por sua vez, biparte-se em duas acepções: a objetiva, que se volta para a lealdade e a lisura da atuação dos particulares; e a subjetiva, que se relaciona com o caráter psicológico do indivíduo e na expectativa ou crença de que o outro atuará em conformidade com o direito (OLIVEIRA, 2016, pp. 54-55); implicando um agir nos limites impostos pela lei, e, em consequência, pelos fins econômicos e sociais, em proteção aos atos e fatos jurídicos, que se perfazem no âmbito societário (TARTUCE, 2009, pp. 100-102).

O princípio da eticidade, por outro lado, parece se voltar para um comportamento que confia no homem como um ser que possui valores que o elevam a um nível de respeito pelo semelhante, e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, em uma percepção de certeza do dever cumprido, refletindo uma certa tranquilidade pessoal e subjetiva da boa consciência, a despeito

e para além de eventual norma impositiva (TARTUCE, 2009, pp. 100-101).

A análise posta indica que, mesmo diante da discussão doutrinária em relação aos princípios da boa-fé, confiança – confiança legítima, e eticidade, é possível identificar que uma estrutura estatal que se constrói sobre os conceitos de república, democracia, e de estado de direito, exige um atuar que deve se perfazer por um querer, racional e volitivo (FIGUEIREDO, 2013, p. 63 apud VILELA, 2022, p. 53), que se alinha com a vontade geral e comum do povo, uma vez que, como concernido desta formatação estatal, o indivíduo tem de orientar-se conforme sua responsabilidade enquanto elemento subjetivo que compõe o Estado, seja quanto à *res publica*, quanto à titularidade e exercício do poder – *demo kratos*, seja quanto à submissão à *lei*, o que engloba, entre outros aspectos, como já posto, a devida atuação na ordem econômica.

Há de se observar que o atuar de um concernido, na perspectiva posta, exige um olhar voltado para o bem comum, que se coaduna com os valores sociais exigidos da propriedade privada, das relações contratuais, dos negócios jurídicos (TARTUCE, 2009, pp. 100-102), que perpassa por todo o agir do concernido em sua performance como elemento subjetivo integrante do Estado, seja no âmbito privado, seja no âmbito público, impondo-se um compromisso com valores vinculados à ética e à moral, imprescindíveis em um estado democrático de direito (VIEIRA, 2021, p. 238), cuja confiança em um atuar probo, ético, e fiel aos princípios constitucionais, legais e de direito, firma a segurança jurídica como princípio basilar de toda estrutura estatal (OLIVEIRA, 2016, p. 54).

VILELA (2022, pp. 52-53), ao analisar o princípio da função social da propriedade como fundamento ordem econômica, aponta, entre outras coisas, que:

Com a eclosão dos direitos sociais, conquistas da segunda geração dos direitos humanos, o Estado passa a garantir aos indivíduos o acesso a bens e serviços mínimos, estabelecendo-se uma rede de proteção social. Com isso, progressivamente, propriedade perde seu caráter de direito absoluto, relativizando-se a partir da perspectiva da função social, com base na qual os direitos individuais devem ter por escopo o atingimento de fins coletivos. Assim, o poder-dever do proprietário passa a ter como condicionante a finalidade social, que, se inobservada retirará do proprietário a garantia estatal sobre seu direito.

O princípio da confiança, portanto, na análise posta, não se vincula apenas e estritamente a um dever do Estado de honrar de forma indeclinável os compromissos legalmente assumidos, em submissão aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança (BRASIL, STF, RHC 136509, Segunda Turma, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 04-04-2017, Julgamento: 04/04/2017, Publicação: 27/04/2017); mas, ao dever de todo concernido de querer - subjetivamente – atuar - objetivamente - nos termos constitucionais, legais e de direito, cuja exigência advém da legitimidade decorrente da democracia, enquanto regime de governo que se perfaz pela efetiva participação dos concernidos, direta e/ou indiretamente, no processo de legitimação, o que decorre, em última instância, do princípio da soberania do povo (HABERMAS, 1997. p.122).

A leitura da ordem econômica, na ótica posta, para além de elevar a responsabilidade do vetor atuante, em particular do indivíduo, enquanto concernido coconstrutor da realidade social, na busca do fim coletivo do bem comum, desloca a natureza jurídica desse agir para o âmago do Estado, ou seja, para as estacas que firmam o Brasil, enquanto república democrática de direito, uma vez que as atividades econômica ganham, parece, o *status* de *res pública*, enquanto bem que suporta a existência estatal, passando a ser responsabilidade de todos, haja vista a titularidade do poder estatal – *demo kratos*, cuja vontade coletiva, no ordinário, perfaz-se através da *lei*.

Essa leitura não afasta os fundamentos sobre os quais se firmam a ordem econômica brasileira, nos termos do artigo 1º, IV, e artigo 170, *caput*, e incisos II, IV, e parágrafo único, ou seja, a livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência, e o livre exercício da atividade econômica, que se alinham, em fundamento, ao regime capitalista e às teorias liberais (VILELA, 2022, p. 41); mas, aponta que, com os balizadores constitucionais postos à atividade econômica em relação à busca do bem comum, houve um redirecionamento da responsabilidade social dos vetores atuantes na ordem econômica, que, com fulcro, entre outros, no princípio da função social da propriedade, exigiu um comportamento pautado no princípio da confiança, o qual, na leitura posta acima, seria um atuar constitucional, legal e de direito, querido subjetivamente, e, assim, racional e volitivamente, mesmo que essa atuação se dê por interposta pessoa jurídica.

O conjunto posto mostra que a atuação na ordem econômica, sob a perspectiva do princípio da confiança, não é apenas uma questão meramente ética ou moral, porém, uma necessidade do próprio modelo jurídico-econômico brasileiro (MARTINS, 2007, p.

179), principalmente com o deslocamento que essa leitura faz dessa atuação, ligando-a aos esteios fundamentais do Brasil enquanto república democrática de direito, como visto acima.

A despeito de todo o exposto, vê-se que há uma tergiversação do agir exigido do concernido no cenário econômico brasileiro, em que indivíduos, indo de encontro aos ditames constitucionais, legais e de direito, ferindo, nesse bojo, o princípio da confiança, perpassam por ilícitos civis, administrativos, e chegam a ilícitos penais, ou seja, a *ultima ratio* da proteção estatal, isto é, a criminal, o que fica evidente quando se verifica que, nos últimos 22 anos, 56.652 inquéritos policiais foram instaurados, somente no âmbito da Polícia Federal, para investigar fatos que envolvem diretamente a ordem econômica.

O cenário evidenciado com os referidos números parece mostrar a necessidade de um releitura do comportamento dos concernidos que atuam na ordem econômica, uma vez que a tergiversação do referido sistema, como visto acima, além da mácula em si, com toda sorte de consequências no que tange aos objetivos da ordem econômica, ou seja, o assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, vai de encontro, ainda, aos próprios esteios fundantes do Brasil enquanto república democrática de direito, cenário que impõe uma rede protetiva da segurança jurídica, que perpassa, entre outros, pela segurança pública, enquanto dever do Estado de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas, do patrimônio, e, também, da ordem econômica, como melhor se analisará abaixo.

#### IV – A ATUAÇÃO POLICIAL COMO PROTEÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO.

O Brasil, com a reestruturação ocorrida com a Constituição Federal de 1988, renasce como uma república democrática de direito, formatação que, como visto acima, traz uma série de compromissos umbilicalmente ligados e esse desenho estatal, entre os quais estaria a efetiva responsabilidade dos indivíduos - cidadãos, estrangeiros e mesmo apátridas - com a *res publica*, enquanto bens que suportam a existência estatal.

A análise posta mostrou, ainda, que a atividade econômica é balizada por um conjunto principiológico que a liga aos fundamentos da república (CANOTILHO et al, 2013, p. 134) e, assim, ao conceito de coisa pública, enquanto bens que suportam a existência estatal, voltada para um trato utilitário comum (CANOTILHO et. al., 2013, p. 108), que, evocando a ideia de transindividualidade (CANOTILHO et al, 2013, p. 134), exige do concernido, como já posto, um atuar pautado no princípio da confiança, em que cada um fará, independentemente de um controle ou imposição, o que é legalmente previsto para a ordem econômica.

Há de se observar, no entanto, que a despeito da exigência de um atuar pautado no dever do concernido como coconstrutor do Estado, vê-se que existe uma tergiversação das leis e princípios que regem a ordem econômica, o que, além de desnaturar a natureza do referido sistema, na modelação brasileira, vai de encontro aos esteios fundantes do Estado, aos valores sociais que a balizam, e, em última análise, ao indivíduo, como se verá abaixo.

Essa tergiversação ao sistema posto, entre outros fatores, legitima a atuação intervencionista do Estado, o que se perfaz em vários níveis – federal, estadual e municipal; e âmbitos ou esferas, como o administrativo, o tributário, o civil, e o penal.

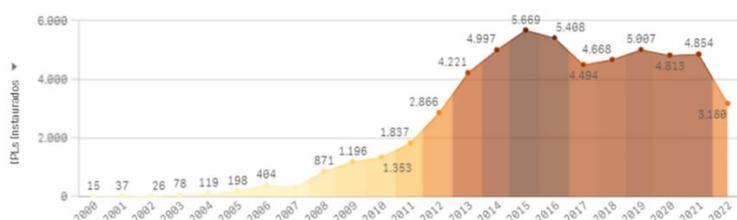
MEIRELLES (2000, p. 543), nesse sentido, ao tratar sobre a intervenção na propriedade e atuação do domínio econômico, entre outras coisas, afirmou que:

Os estados sociais-liberais, como o nosso, conquanto reconheçam, e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício da atividade econômicas ao bem estar social (...) Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular.

A modelagem da ordem econômica na perspectiva brasileira a coloca no âmbito de interesse do Estado, seja pela sua vinculação com a *res publica*, e, assim, aos esteios fundantes do Estado, seja pelo dever do Estado de proteger a incolumidade das pessoas e do patrimônio, o que fica englobado pelo princípio e direito fundamental da segurança, em particular, da segurança pública.

A tergiversação da ordem econômica, com a inobservância das exigências coletivas, descortina-se, parece, com os dados obtidos junto à Polícia Federal<sup>376</sup>, nos quais se extrai, inicialmente, que, nos últimos 22 anos, 56.652 inquéritos foram instaurados, tendo, atualmente, 9.948 inquéritos em andamento, que direta ou indiretamente afetam a ordem econômica, senão vejamos:

Inquéritos Instaurados por Situação | Tipo | Iniciativa | Preso



Há de se observar, inicialmente, antes da análise em si dos dados, que a persecução criminal é, como regra, no cenário jurídico brasileiro, a *ultima ratio* da intervenção estatal, cuja atuação pressupõe a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade (GRECO, 2009, p. 49).

Outrossim, não se pode olvidar que a instauração de um inquérito policial, ou seja, a *persecutio criminis in limine*, tem por fim a apuração de uma infração penal (TAVORÁ et al., 2016, p. 129), exigindo, ainda que indiciariamente, a existência de um fato que dê suporte mínimo para sua instauração (LIMA, 2021, pp. 66-68 e p.

<sup>376</sup> Dados solicitados e obtidos junto à Polícia Federal através do processo SEI 08455.020575/2022-26, incluindo a autorização de uso para os fins deste trabalho. Há de se observar que, pelo sigilo legal, não se teve acesso a qualquer conteúdo das investigações, mas tão somente aos números estatísticos como postos nos gráficos e tabelas.

167), buscando-se, a partir disso, autoria do referido ilícito, conjunto que aponta, na perspectiva deste trabalho, para uma tergiversação do sistema econômico em algum momento anterior, e, assim, para a não observação do princípio da confiança nos termos vistos acima.

A análise do referido gráfico, a partir do exposto, deixa claro que houve um aumento acentuado de instauração de inquéritos policiais a partir do ano de 2007, com o ápice no ano de 2015, e uma pequena queda entre os anos de 2020 e 2022.

O cenário mostra, independentemente dos ditames constitucionais e a pressuposição de sua observação, que o aumento dos casos se deu após a promulgação do Código Civil de 2002, cuja estruturação se deu em torno de princípios básicos como a eticidade e a socialidade, em que a ética buscada seria o *comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais*. (DELGADO, Ministro do STJ, *apud* TARTUCE, 2009, p. 100).

Há de se ver, ainda, que, entre o ano de 2019 e 2022, foram instaurados 12.847 inquéritos policiais em virtude de fatos, em tese, ilícitos, que ocorreram após promulgação da Lei nº 13.874/2019, a qual, ao instituir a declaração de direitos de liberdade econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, aponta, entre seus princípios norteadores, a boa-fé, seja como parâmetro de interpretação (Art. 1º, § 2º), seja quanto atuação do particular perante o poder público (Art. 2º, II).

Esse último cenário parece indicar, como vem sendo apontado neste trabalho, uma tergiversação do dever de cada concernido no que tange ao seu atuar na ordem econômica brasileira, haja vista que, mesmo com a previsão da boa-fé como elemento fundante do referido sistema, e da responsabilidade de cada indivíduo neste contexto, identifica-se a prática de atos que atingem bens importantes, a ponto de se adentrar no âmbito da persecução criminal.

Os dados mostram, assim, que há uma “área entenebrecida” de atuar que permeia o sistema econômico, o que se perfaz pela não observância do princípio da confiança, que, como visto outrora, firma-se em um querer atuar conforme as regras legitimamente estabelecidas no âmbito de um Estado democrático, cujos reflexos negativos não se observam apenas em uma relação pessoal de apenação, mas, em toda a sistematização econômica.

Há de se ver que, além do número quantitativo de inquéritos instaurados que direta ou indiretamente afetam a ordem econômica, os dados obtidos junto à Polícia Federal mostra a incidência por tipo penal, o que aponta, parece, para um querer tergiversar o sistema e, assim, ir de encontro aos princípios básicos do sistema, como o princípio da confiança.

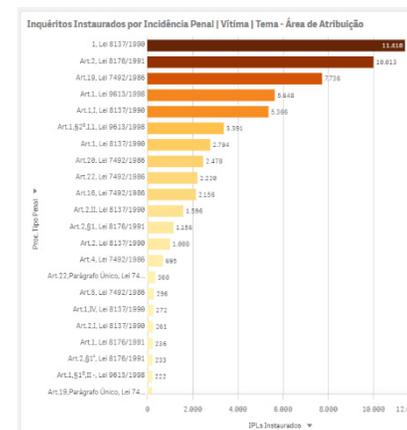
Não se pode olvidar que, a despeito de divisões existentes no âmbito do Direito, que redundaram em ramos da Ciência Jurídica (MEIRELLES, 2000, p. 31), a ordem jurídica interna de um determinado Estado há de ser una, cuja sistematização de princípios

e normas visa a assegurar a existência do Estado e a coexistência pacífica dos indivíduos da comunidade (MEIRELLES, 2000, p. 31).

A leitura sistemática faz-se efetivamente necessária quando se fala da ordem econômica, haja vista que a não observância de uma norma que regula um elemento do sistema, a despeito de eventual *nomen iuris* ou catalogação dada à norma, pode redundar direta ou indiretamente desnaturação da referida ordem.

Nesse sentido, por exemplo, a não observância de uma norma estritamente vinculada à defesa do consumidor pode redundar em mácula à ordem econômica; o mesmo ocorrendo no que tange a normas ambientais, tributárias, sanitárias, administrativas, trabalhistas, etc.

A partir dessa ótica sistemática, os dados da tabela ao lado mostram que o tipo de maior incidência nos referidos inquéritos policiais é o artigo 1º da Lei nº 8137/1999, que, entre outras providências, define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, cujo tipo prevê que:



Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

A incidência da conduta do indivíduo neste tipo penal, na ótica sistemática posta, atinge ao patrimônio da Fazenda Pública – corrente patrimonialista; ou a diversas funções que o determinado

tributo deverá exercer na sociedade, incluindo o financiamento das prestações sociais – corrente funcionalista (LIMA, 2021, p. 219), o que, de uma ou outra forma, influencia a ordem econômica.

Há de se observar, ainda, que o referido tipo penal exige, como crime material, um resultado naturalístico (LIMA, 2021, p. 235), sendo punido exclusivamente a título doloso, implicando a vontade livre e consciente de praticar o ato (LIMA, 2021, p. 238), conduta que amolda-se, na linha de análise deste trabalho, a uma tergiversação do princípio da confiança.

Os dados mostram, outrossim, que entre os tipos com maior incidência está o que o envolve o artigo 2º da Lei nº 8176/91, que define crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis, cujo tipo penal prevê que:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo.

O referido tipo penal tutela, em um primeiro momento, patrimônio da União, porém, sistematicamente, como visto acima, atinge a ordem econômica, perfazendo-se dolosamente, ou seja, tendo como elemento subjetivo a vontade livre e consciente de praticar o ato (VILELA, 2022, p. 520), tendo em sua gênese, como visto, a não observância do princípio da confiança.

A tergiversação da ordem econômica, com a incidência na esfera penal, afeta o princípio da segurança em um nível que se alça à segurança pública, implicando a atuação das forças policiais, em particular das polícias judiciárias, ou seja, as Polícias Cíveis e a Polícia Federal, que, de uma forma geral, têm o dever de preservar a ordem pública e a incolumidade do patrimônio (Art. 144, caput, da CRFB), atuação que tem reflexo direto sobre a ordem econômica.

Há de se ver que, no que tange à Polícia Federal, além da atuação posta, cabe, ainda, entre outras atribuições, apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, e prevenir e reprimir o contrabando e o descaminho (Art. 144, § 1º, incisos I, II, da CRFB), atuação que se põe efetivamente incidente na proteção e desenvolvimento da ordem econômica.

O conjunto posto mostra que a atuação policial, em particular a atuação da polícia judiciária, na prevenção e repressão a crimes que incidem direta ou indiretamente na ordem econômica, firma o princípio da segurança, garantindo, entre outras coisas, a incolumidade do patrimônio, uma das bases da atividade econômica

(Art. 170, II, da CRFB), e a ordem social, que abarca o complexo principiológico que rege a atividade econômica nos termos do artigo 170 da CRFB.

Essa atuação policial, em seu mais largo espectro, e como última fronteira, ao proteger os fundamentos principiológicos da ordem econômica, garante a livre iniciativa, como fundamento, e, para além, firma os próprios esteios fundantes do Brasil enquanto república democrática de direito, como visto acima, apresentando-se, parece, como um vetor protetivo da ordem econômica.

## V – CONCLUSÃO.

O presente trabalho analisou que o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, renasce juridicamente como uma república democrática de direito, estrutura que traz, em seu bojo, uma série de compromissos umbilicais, vinculados à *res publica* – enquanto bens que suportam a existência estatal, ao *demos kratos* – que aponta a titularidade do poder estatal, e ao estado de direito – no qual a lei tem supremacia à qual até o próprio Estado se submete.

A partir dessa composição estatal, o Brasil elencou como um dos seus fundamentos da referida estrutura o valor social da livre iniciativa, como princípio informativo e fundante da ordem econômica, implicando o direito de livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos estatais, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

A análise mostrou, ainda, que a atuação na ordem econômica exige do concernido um atuar pautado no princípio da confiança, em que cada um fará, independentemente de um controle ou imposição, aquilo que é legalmente previsto para o sistema econômico, o que, no entanto, como apontou os dados, não tem sido efetivamente observado, implicando a atuação dos órgãos policiais, em particular, da polícia judiciária, na proteção da ordem econômica.

Essa atuação policial, como visto, aparece como última fronteira, ao proteger os fundamentos principiológicos da ordem econômica, garantindo a livre iniciativa, como fundamento, e, para além, firmando os próprios esteios do Brasil enquanto república democrática de direito, apresentando-se, portanto, como um vetor protetivo da ordem econômica.

A análise desenvolvida apequena-se frente ao tema e as diversas vertentes que poderiam ser abordadas a partir dos dados colhidos, o que, no entanto, por questão de espaço, tempo, e propósito do presente trabalho, deixar-se-á para outros e futuros estudos, concluindo-se, no entanto, pela necessidade de se reforçar responsabilidade do indivíduo, enquanto concernido coconstrutor da realidade social, e a necessidade que sua atuação se dê com fulcro no princípio da confiança, norte da livre iniciativa e da ordem econômica, no cenário brasileiro.

## VI – BIBLIOGRAFIA.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. rev. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC 66, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 21-12-2020, P, DJE de 19-3-2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/constituicao.asp#titulo3>. Acesso em 4 de set. 2022.

BRASIL, STF, RHC 136509, Segunda Turma, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 04-04-2017, Julgamento: 04/04/2017, Publicação: 27/04/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366664/false>. Acesso em 07 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 10 de set. 2022.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 10 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 5172/1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em 10 de set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657/1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 10 de set. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 9. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentário ao código de defesa do consumidor. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no direito brasileiro. *in* Revista da EMERJ, v. 10, n° 40, 2007. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista40/revista40\\_sumario.htm](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/revista40_sumario.htm). Acesso em 03 set. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero

Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2000.

TAVORÁ, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 11 ed., rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6 ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral / Flávio Tartuce; prefácio Maria Helena Diniz. 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: MÉTODO, 2009.

VIEIRA. Sérgio Túlio Santos. A administração pública contrafactual: ética e moralidade discursiva. Rio de Janeiro: Instituto EDS, 2021.

VILELA, Danilo Vieira. Direito Econômico. 5ª ed. rev.. atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022

## TAXA MÉDIA DE JUROS NOS TRIBUNAIS

**Arnaldo Goldemberg**

Professor da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Defensor Público de Classe Especial do Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Econômico (2004) e Doutorando (UFF)

[arnaldo.goldemberg@yahoo.com.br](mailto:arnaldo.goldemberg@yahoo.com.br)

### RESUMO

Este estudo parte de breve demonstração da evolução normativa sobre os juros contratuais, para a interpretação jurisprudencial sobre a aplicação dos juros nos contratos bancários, considerando as alterações advindas desde a edição do Código Civil de 1916, busca demonstrar o atual posicionamento dos tribunais sobre as hipóteses de incidência da taxa média de juros segundo as taxas divulgadas pelo Banco Central do Brasil, como solução para afastar os casos em que se constatem abusividade na incidência de juros nos contratos bancários.

Palavras-chave: Direito do Consumidor, Juros Abusivos, Contratos Bancários, Taxa Média do Banco Central.

### ABSTRACT

This study starts from a brief demonstration of the normative evolution on contractual interest, for the jurisprudential

interpretation on the application of interest in bank contracts, considering the changes arising since the edition of the Civil Code of 1916, seeks to demonstrate the current position of the courts on the hypotheses of incidence of the average interest rate according to the rates published by the Central Bank of Brazil, as a solution to rule out cases in which abusiveness is found in the incidence of interest in bank contracts.

Keywords: Consumer Law, Abusive Interest, Banking Contracts, Average Central Bank Rate.

### 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva contextualizar o tema da taxa de juros nos contratos bancários.

Partindo dos juros no Código Civil de 2016, sua natureza jurídica, classificação, aplicação e distinção, mapeando e demonstrando sua evolução até o recente e atual posicionamento majoritário dos tribunais, para alcançar o julgado representativo de controvérsia do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.061.530-RS, norteador dos julgamentos das ações que questionam a abusividade das taxas de juros nos contratos bancários.

O representativo de controvérsia em questão aglutina os temas repetitivos de nº 24 a 36, e reflete a aplicação das teses denominadas sob a “orientação 1” dos juros remuneratórios, tendo sido assim fixadas as teses:

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

A investigação caminhará para entender a aplicação da taxa média de juros e suas margens de tolerância para que tangencie o conceito da abusividade, ingressando no ônus da prova da sobrelevação da taxa além dos limites que o representativo de controvérsia considera como ponderáveis para as margens da extrapolação.

As fontes consultadas foram os julgados de tribunais superiores e estaduais, obras doutrinárias, teses, dissertações e outros estudos teóricos objetivando delimitar conhecimento no campo científico. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, objetivando a revisão de literatura, o desenvolvimento dos temas para efeito de contribuições teóricas.

## 2. JUROS

### A. NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS

Os juros<sup>377</sup> podem ser definidos como o rendimento do capital, conforme duração temporal ou de frutos civis. É a

<sup>377</sup> Mais usada no plural, a palavra juro pertence ao grupo das descendentes do latim *jus, juris* (direito de propriedade, justiça, documento que estabelece um direito). Mas

remuneração cobrada pelo empréstimo do dinheiro. Trata-se de um bem jurídico de natureza econômica, integrante do patrimônio.

BAPTISTA define os juros como rendimento do capital que o credor faz jus por ser privado de determinada quantia de dinheiro, sendo, portanto, uma retribuição do capital<sup>378</sup>.

OLIVEIRA conceitua o juro, por uma ótica econômica do poder de compra no tempo:

Juro é um mecanismo de se igualar o valor do poder de compra presente com o valor do poder de compra futuro, ainda distante no tempo. Seu fundamento está na igualdade do valor intrínseco entre datas diferentes. Juro é o preço do dinheiro no tempo.

<sup>379</sup>

Contudo, tal conceito não é o mais adequado, devendo estabelecer a distinção entre juros e correção monetária como importante diferencial para evitar a desordem conceitual. Enquanto a correção monetária recompõe o capital aviltado pela inflação e reflete a recomposição da moeda no tempo, sem acréscimo patrimonial, os juros remuneram o uso do dinheiro, com acréscimo patrimonial, de

como os juros chegaram a ser parentes do jurisconsulto, que parece tão distante deles? A tese mais aceita é a de que o sentido de rendimento gerado pelo próprio dinheiro derivou de um estreitamento semântico. Em outras palavras: o contrato em que o devedor assumia o direito de usar o dinheiro do credor passou a nomear o valor que ele pagava por isso. Simples. RODRIGUES, Sérgio. Revista VEJA edição *on line*. Juros, o 'roubo do tempo'. Publicado em 31 out. 2014. Atualizado em 31 jul. 2020. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/coluna/sobre-palavras/juros-o-roubo-do-tempo/>> Acesso em 20 jul. 2022.

<sup>378</sup> BAPTISTA, André Zanetti. Juros: taxas e capitalização. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

<sup>379</sup> OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. Moeda, Juros e Instituições Financeiras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 349.

modo que ambos convivem e podem incidir associadamente, sem que haja *bis in eadem*.

A incidência dos juros implica na remuneração pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor e pelo acréscimo patrimonial em relação a cobertura do risco que se sujeita o credor.

Ressalta-se que os juros são um acessório de uma obrigação principal<sup>380</sup>, sendo também considerado fruto civil. Tais institutos estão previstos respectivamente nos artigos 92 e 95 do Código Civil.

Nada obsta também que os juros, como frutos civis, possam ser empregados em obrigações fungíveis<sup>381</sup>, por mais que sejam comumente aplicados em operações que envolvam dinheiro.

Embora seja um instituto acessório, a obrigação referente aos juros pode constituir um débito a ser cobrado separadamente da dívida principal. No entanto, como frutos civis de outra obrigação, os juros mantem a sua natureza jurídica acessória, mesmo que a sua exigibilidade se torne autônoma<sup>382</sup>.

Resumindo a natureza jurídica dos juros, destaca-se a classificação tripartite de Orlando Gomes<sup>383</sup>: “a) acessoriedade em relação ao capital; b) nascimento contemporâneo em relação à

<sup>380</sup> Art. 92 do Código Civil/2002. “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”. - BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>381</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 3 v, p. 137.

<sup>382</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 3 v, p. 82.

<sup>383</sup> 9 GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 52.

constituição a obrigação e c) equivalência a um percentual ao capital devido.”<sup>384</sup>.

## B. CLASSIFICAÇÃO DOS JUROS

A classificação dos juros se divide em juros convencionais e legais.

Os juros convencionais são estabelecidos conforme a vontade das partes em decorrência de determinado negócio jurídico. Em que pese a sua origem ser convencional, ainda assim está submetido ao ordenamento jurídico, sobretudo as disposições de existência e validade dos negócios jurídicos.

Os juros legais, de outro modo, têm como fonte a lei e são devidos independente de manifestação da vontade, aplicados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Estão previstos nos artigos 406, 591, 677 e 706 do Código Civil.

Assim, a diferença entre ambas as classificações está na origem. Enquanto os juros convencionais decorrem da manifestação volitiva dos contraentes, os juros legais têm origem na imposição legal.

Ambos os juros, convencionais ou legais, subdividem-se, em seus fundamentos, em juros compensatórios ou moratórios.

Os juros de moratórios tem origem no inadimplemento da obrigação, que pode ocorrer tanto da parte credora quanto devedora. Nas palavras de FARIAS, “constituem indenização pelo prejuízo resultante no retardamento culposo”<sup>385</sup>. A incidência dos juros

<sup>384</sup> 9 GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 52.

<sup>385</sup> FARIAS, Thélío Queiroz. Dos juros. Leme-SP: Anhanguera Editora Jurídica,

moratórios ocorre independente de comprovação do prejuízo, conforme artigo 407 do Código Civil indica: “ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora”<sup>386</sup>

Deste modo, quando o mutuário de uma operação de crédito está adimplente, não há incidência dos juros moratórios. Durante o adimplemento contratual em um empréstimo bancário, apenas incide os juros compensatórios.

Os juros compensatórios, por sua vez, são devidos em razão da utilização do capital pelo devedor. Trata-se da contraprestação pelo dinheiro no tempo.

Segundo BAPTISTA:

Remuneratórios são os juros pagos como forma de compensação ao credor, pois este se privou da disponibilidade de determinado capital; correspondem aos frutos do capital. A finalidade dos juros remuneratórios é receber, pelo uso do capital empregado, ou recompensar a disponibilização do capital durante certo lapso de tempo fixado no contrato.<sup>387</sup>

---

2011, p. 57.

<sup>386</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>387</sup> BAPTISTA, André Zanetti. Juros: taxas e capitalização. São Paulo: Saraiva, 2008, P. 27.

Funcionam, portanto, como forma de compensação ao credor pela operação de crédito pactuada, tendo natureza jurídica de frutos civis pela utilização do capital<sup>388</sup>.

O valor cobrado pela taxa dos juros compensatórios, em tese, passa por um crivo das instituições financeiras quanto a possibilidade de inadimplência e a perda, mesmo que temporária, da restituição da dívida principal.

De maneira usual, quanto menor é a garantia oferecida pelo consumidor, maior é a taxa dos juros. Em efeito adverso, é evidente que o aumento da taxa de juros também implica em mais inadimplências.

Por mais que evidente que seja a finalidade dos juros compensatórios, como fruto civil a título de remuneração do capital principal e de recompensa pela privação do capital, importa, muitas vezes, na imposição de taxas abusivas pelas instituições financeiras aos consumidores.

Cabe à legislação pátria regular os juros compensatórios praticados pelas instituições financeiras, definindo os limites de sua aplicação.

### C. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS - JUROS SIMPLES E COMPOSTOS

Neste ponto, é importante, *a priori*, diferenciar juros simples e juros compostos.

---

<sup>388</sup> MATTOS E SILVA, Bruno. Anatocismo legalizado: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. In: [www.direitobancario.com.br](http://www.direitobancario.com.br), 01/07/2001.

Os juros simples são aqueles que incidem apenas sobre o valor principal pactuado, somados os percentuais mensais incidentes sobre o valor principal que será corrigido monetariamente.

Já a aplicação dos juros compostos, também denominados como incidência com anatocismo, ou juros sobre juros, incide tanto sobre o capital principal corrigido, como sobre o capital que sofreu a incidência dos juros anteriormente sobre o débito gerado.

Nas palavras de SAMPAIO:

O que basicamente diferencia uma modalidade da outra é que no caso de juros simples teremos a incidência de um índice simples sobre o principal, enquanto nos juros compostos este mesmo índice, ou taxa, simples incidirá sobre o principal mais os juros vencidos.<sup>389</sup>

Os juros compostos, portanto, é a inserção dos juros incidentes ao valor principal da dívida, conforme o período pactuado no negócio jurídico, que pode ser mensal, semestral ou anual, incidindo, ainda, novos encargos de juros.

Deste modo, Carlos Roberto Gonçalves, ensina:

O anatocismo consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros. Há, no caso, capitalização composta, que é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Em resumo, pois, o chamado 'anatocismo' é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos.<sup>390</sup>

<sup>389</sup> SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. Algumas breves reflexões sobre juros à luz do Código Civil de 2002. Revista Forense. V. 381. out/2005.

<sup>390</sup> GONÇALVES. Direito Civil Brasileiro. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.

## Evolução Normativa sobre os Juros Compostos

Em uma breve alusão histórico, o Código Civil de 1916, com cunho liberal e patrimonialista, permitiu no art. 1.262 a livre pactuação do anatocismo.

Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.

Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal, com ou sem capitalização<sup>391</sup>.

A mudança de entendimento começou a partir da Lei de Usura, Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, editada para reger os contratos bancários e financeiros, que prevê no art. 4º, juntamente com o entendimento jurisprudencial, já superado, da Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal a vedação à capitalização de juros.

Decreto nº 22.626/1933. Art. 4º. E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.<sup>392</sup>

SÚMULA 121. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.<sup>393</sup>

No entanto, com as edições do Decreto-lei nº 167/67 para regular o crédito rural, do Decreto-lei nº 413/69 com normas de

<sup>391</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

<sup>392</sup> BRASIL. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>393</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento pelo Tribunal Pleno. Súmula 121. Distrito Federal Sessão Plenária de 13/12/1963.

previsão do crédito industrial e a Lei nº 6.840/80 prevendo o crédito comercial, a vedação legal à capitalização de juros começou a ser alterada.

O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de juros compostos com a publicação da Súmula nº 93, que contém a seguinte redação: “a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.<sup>394</sup>

A Medida Provisória nº 1.963-17/2000, publicada em 31.3.2000, alterada e reeditada pela MP nº 2.170-36/200, introduziu a possibilidade de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações de instituições financeiras.

MP nº 2.170-36/2001. Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.<sup>395</sup>

Embora seja uma medida provisória que não foi convertida em lei, o que implicaria na perda da eficácia pelo art. 62, § 3º da CRFB, a MP nº 2.170-36/2001 ainda está vigente<sup>396</sup> pela aplicação da Emenda Constitucional nº 32/2001, com os seguintes dizeres:

<sup>394</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 93. Segunda Seção, em 27/10/1993, DJ 03/11/1999.

<sup>395</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>396</sup> A Medida provisória nº 2.170-36/2001 é objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.316, ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, devido a reserva legal relativo ao direito financeiro à lei complementar, em vista a expressa vedação constitucional contida nos artigos 62, §1º, III e 192 da CRFB.

EC nº 32/2001. Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.<sup>397</sup>

A incidência da capitalização periódica de juros inferior a um ano, conforme art. 5º da MP nº 2.170-36/2001, foi tema controverso na jurisprudência, levando a afetação do REsp. nº 973.827/RS para julgamento como recurso especial repetitivo, previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

O julgamento do REsp nº 973.827/RS pacificou o entendimento jurisprudencial quanto a possibilidade da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano para os contratos celebrados após 31.3.2000 (data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000), desde que expressamente pactuada, *verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001.COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.

1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada;

<sup>397</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.

2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada." - "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada".

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.<sup>398</sup>

Este julgamento deu azo a edição da Súmula 539 do Superior Tribunal de Justiça

<sup>398</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 973.827/RS. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão R.P./Acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília (DF), 08 de agosto de 2012.

STJ. Súmula 539: É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP nº. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.<sup>399</sup>

Surgiram, então, dúvidas e litígios devidos à redação empregada na súmula “desde que expressamente pactuada”, pois as instituições financeiras não traziam expressamente uma cláusula afirmando que os juros legais seriam capitalizados mensalmente, mas sim um valor da taxa de juros anual superior a 12 vezes a taxa mensal.

O Superior Tribunal de Justiça dividia sua opinião, chegando a julgar no REsp nº 895.424/RS a imprescindibilidade de cláusula expressa quanto a capitalização de juros mensal, enquanto no REsp nº 973.827/RS, afetado pelo rito de Recurso Repetitivo, julgou no sentido de que o valor da taxa anual superior a doze vezes da taxa mensal bastava para a contratação da capitalização de juros. Do julgamento do Recurso Repetitivo, foi editada a Súmula nº 541, solucionou a polêmica, conforme o entendimento a seguir:

STJ. Súmula 541: A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.<sup>400</sup>

#### E. Evolução Sobre os Limites da Taxa de Juros

Até a edição da Lei de Usura em 1933, vigorava o princípio da livre pactuação das taxas de juros previsto no já mencionado art.

<sup>399</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Publicação - DJe em 15/6/2015.

<sup>400</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 541. Segunda Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015.

1.262 do revogado Código Civil de 1916<sup>401</sup>, que poderiam ser maiores do que a taxa legal de 6% ao ano disposta no art. 1062 do mesmo diploma legal: “Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano”<sup>402</sup>.

A Lei de Usura, Decreto nº 22.626, mudou tal panorama, com a redação do seu art. 1º: “é vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”<sup>403</sup>.

Deste modo, a taxa de juros era limitada a 12% ao ano, em respeito ao art. 1º da Lei de Usura, por representar o dobro da taxa legal à época estipulada pelo art. 1.062 do Código Civil de 1916<sup>404</sup>.

Este panorama foi alterado com a edição da Lei nº 4.595/64 (Lei de Reforma Bancária), no seu artigo 4º, IX que estabeleceu a competência do Conselho Monetário Nacional para limitar as taxas de juros:

Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

[...]

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de

<sup>401</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Art. 1.262. *É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal, com ou sem capitalização.*

<sup>402</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>403</sup> BRASIL. Decreto Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências.

<sup>404</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: - recuperação e fertilização do solo; - reflorestamento; - combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; - eletrificação rural; - mecanização; - irrigação; - investimento indispensáveis às atividades agropecuárias;<sup>405</sup>

Diante da limitação das taxas de juros pela Lei de Usura em contrassenso a previsão do art. 4º da Lei de Reforma Bancária que estabelecia a competência do Conselho Monetário Nacional para limitar as taxas de juros, o Supremo Tribunal Federal redigiu a Súmula 596 que estabeleceu a ineficácia da lei da usura às taxas de juros e outros encargos nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas.

STF. Súmula 596. As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional;<sup>406</sup>

Posteriormente, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil houve a limitação da taxa de juros, que ficou estabelecida em 12% ao ano, conforme redação do constituinte no art. 192, § 3º.

CRFB. Art. 192. § 3º (revogado pela EC nº 40): as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão

<sup>405</sup> BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de Dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>406</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento pelo Tribunal Pleno. Súmula 596. Distrito Federal. Sessão Plenária de 15/12/1976.

ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.<sup>407</sup>

No entanto, em 2003, foi aprovada no Congresso Nacional a Emenda à Constituição nº 40 revogando o art. 192, § 3º da CRFB.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o revogado art. 192, § 3º da CRFB tinha aplicação condicionada à edição de lei complementar, conforme julgamento pelo pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE JUROS REAIS ATÉ DOZE POR CENTO AO ANO (PARAGRAFO 3. DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE: (...) 6. TENDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO ÚNICO ARTIGO EM QUE TRATA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (ART. 192), ESTABELECIDO QUE ESTE SERÁ REGULADO POR LEI COMPLEMENTAR, COM OBSERVANCIA DO QUE DETERMINOU NO "CAPUT", NOS SEUS INCISOS E PARAGRAFOS, NÃO E DE SE ADMITIR A EFICACIA IMEDIATA E ISOLADA DO DISPOSTO EM SEU PARAGRAFO 3., SOBRE TAXA DE JUROS REAIS (12 POR CENTO AO ANO), ATÉ PORQUE ESTES NÃO FORAM CONCEITUADOS. SÓ O TRATAMENTO GLOBAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, NA FUTURA LEI COMPLEMENTAR, COM A OBSERVANCIA DE TODAS AS NORMAS DO "CAPUT", DOS INCISOS E PARAGRAFOS DO ART. 192, E QUE PERMITIRA A INCIDENCIA DA REFERIDA NORMA SOBRE JUROS REAIS E DESDE QUE ESTES TAMBÉM SEJAM CONCEITUADOS EM TAL DIPLOMA. 7. EM

<sup>407</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República.

CONSEQUENCIA, NÃO SÃO INCONSTITUCIONAIS OS ATOS NORMATIVOS EM QUESTÃO (PARECER DA CONSULTORIA GERAL DA REPUBLICA, APROVADO PELA PRESIDENCIA DA REPUBLICA E CIRCULAR DO BANCO CENTRAL), O PRIMEIRO CONSIDERANDO NÃO AUTO-APLICAVEL A NORMA DO PARAGRAFO 3. SOBRE JUROS REAIS DE 12 POR CENTO AO ANO, E A SEGUNDA DETERMINANDO A OBSERVANCIA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR A CONSTITUIÇÃO DE 1988, ATÉ O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR REGULADORA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. 8. AÇÃO DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE, POR MAIORIA DE VOTOS.<sup>408</sup>

Este julgamento deu origem a futura redação da súmula vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal, determinando a necessidade de lei complementar.

STF. Súmula Vinculante nº 7. A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.<sup>409</sup>

De certo, a limitação dos juros anuais até 12%, presente na Carta Magna, na versão original do artigo 192, § 3º tinha como finalidade precípua a proteção a taxas grandes e abusivas, ao buscar um equilíbrio razoável na lucratividade dos juros compensatórios.

<sup>408</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4 - Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator: Min. Sydney Sanches, Julgamento: 07/03/1991, Publicação: 25/06/1993, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

<sup>409</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento pelo Tribunal Pleno. Súmula Vinculante nº 7. Distrito Federal. Publicação - DJe nº 112/2008, em 20/6/2008.

A comissão de permanência não pode ser cumulada com a correção monetária, conforme resultou firmado no entendimento da Súmula nº 30 do STJ.

Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.<sup>410</sup>

Com a Emenda Constitucional nº 40 revogando a limitação da taxa de juros anual, surgiu uma lacuna sobre a regulamentação a respeito da valoração da taxa de juros, eis que os consumidores ficaram à mercê das instituições financeiras, que poderiam estipular taxas de juros abusivas.

É possível a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média praticada no mercado segundo o divulgado pelo Banco Central, observado o limite do contrato, conforme foi consagrado na Súmula nº 294 do STJ.

Súmula 294 do Superior Tribunal de Justiça - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.<sup>411</sup>

O Superior Tribunal de Justiça buscando o equilíbrio econômico e a redução de taxas abusivas, editou a Súmula 296 balizando o tema com a chamada “taxa média” também para o período da inadimplência contratual:

Súmula nº 296 do STJ – Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período

<sup>410</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 296. Segunda Seção, em 09/10/1991, DJ 18/10/1991.

<sup>411</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 296. Segunda Seção, em 12/5/2004, DJ 08/9/2004.

de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.<sup>412</sup>

A taxa de juros remuneratórios, conforme o entendimento firmado, portanto, embora não esteja sujeita à limitação, passou a ter conformidade com os parâmetros da taxa média do mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil.

Aceita a capitalização de juros superior a 12% (doze por cento) ao ano ou 1% (um por cento) ao mês, sendo, consoante o critério de não cumulatividade com a comissão de permanência, adotado pela Súmula nº 296 do STJ, considerada para o período de inadimplência inadmissível a taxa de juros acima da média praticada no mercado.

O tema foi bem delimitado nos julgados AgRg no REsp 1.559.131/RS de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze de 15.12.2016<sup>413</sup> e no AgInt no AREsp 1.544.215/GO relatado pelo Ministro Raul Araújo em 08.02.2021<sup>414</sup>.

<sup>412</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 296. Segunda Seção, em 12/5/2004, DJ 08/9/2004.

<sup>413</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.131 - RS (2015/0245112-9). RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data do julgamento 15 de dezembro de 2015. DJe: 03/02/2016 Trecho da Ementa: 3. Admite-se a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato (Súmula 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula 296/STJ) e moratórios, nem com a multa contratual (REsp n. 1.058.114/RS, recurso representativo de controvérsia, Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 12/8/2009, DJe 16/11/2010)

<sup>414</sup> 414 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO Data do julgamento 08 de fevereiro de 2021 DJe 23.02.2021 Ementa: 1. É possível a cobrança de comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato (Súmula 294/STJ), desde que

A limitação do artigo 406 cumulado com o artigo 591 do Código Civil de 2002 para determinar taxa de juros foi vista como possível tese para os contratos bancários:

Código Civil. Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Código Civil. Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.<sup>415</sup>

Como visto, os litígios que questionavam a limitação da taxa de juros e a aplicação dos artigos 406 cumulado com 591 do Código Civil, não lograram êxito, em razão de prevalecer o entendimento de que o sistema financeiro é regulado pela Lei nº 4.595/64, recepcionada com a roupagem de Lei Complementar, sendo a lei especial que regula a matéria.

Sobreveio o entendimento de que a taxa média apurada a partir de todas as taxas informadas pelas instituições financeiras ao Banco Central<sup>416</sup> e por este divulgada de acordo com o produto

---

não cumulada com a correção monetária (Súmula 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula 296/STJ) e moratórios e multa contratual (Recurso Especial Repetitivo 1.058.114/RS, Relator p/ acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Seção, julgado em 12/8/2009, DJe de 16/11/2010). 2. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, a fim de reconhecer a validade da cobrança da comissão de permanência.

<sup>415</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>416</sup> Banco Central do Brasil Disponível em <<https://www.bcb.gov.br>> e <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/txjuros>> Acesso em 20 jul. 2022.

financeiro específico<sup>417</sup> não poderia ser o balizador de todos os julgamentos, até porque, “como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros”<sup>418</sup>.

Conforme decidido no recurso repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça, em 2008, no Resp. nº. 1.061.530-RS, representativos de controvérsia dos Temas 24 a 36, no qual se firmaram as seguintes teses destacando-se, neste particular, a alínea “c” da “orientação 1”:<sup>419</sup>

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), como dispõe a Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano por si só não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem

---

<sup>417</sup> Produtos financeiros tais como: cheque especial, crédito pessoal consignado INSS, privado, público, crédito pessoal não consignado, aquisição de veículos, financiamento imobiliário etc.

<sup>418</sup> Trecho do Acórdão do REsp 1.061.530/RS Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009.

<sup>419</sup> REsp 1.061.530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009.

exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do caso concreto.

Em consonância com o julgado, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 382, determinando que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.”<sup>420</sup>

### 3. TAXA MÉDIA DE MERCADO

No voto da Ministra Nancy Andriighi, no tema repetitivo nº 24, REsp 1.061.530, é inviável a aplicação da taxa Selic como parâmetro para os contratos de crédito bancário:

(...) a Selic – taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – é insatisfatória. Ela apenas indica o menor custo, ou um dos menores custos, para a captação de recursos pelas instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional. Sua adoção como parâmetro de abusividade elimina o 'spread' e não resolve as intrincadas questões inerentes ao preço do empréstimo.<sup>421</sup>

A aplicação das taxas médias ponderadas disponibilizadas pelo Banco Central, conforme abordado no capítulo anterior, demonstrou ser o meio mais razoável para perquirir a abusividade nos contratos de concessão de crédito.

Isto porque a taxa média é obtida de acordo com as informações fornecidas pelas instituições financeiras acerca das operações de crédito realizadas, demonstrado o entendimento

<sup>420</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 382. Segunda Seção, em 27/5/2009 Dje 08/6/2009.

<sup>421</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.061.530/RS, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Dje 01/12/2009.

periódico do mercado, além de incorporar nos cálculos o *spread* médio utilizado pelas instituições.

As taxas médias ponderadas apuradas pelo conjunto de créditos concedidos pelas instituições financeiras nos contratos de concessão de crédito começaram a ser disponibilizadas a partir da Circular nº 2.957/99, sendo divulgadas pelo sítio eletrônico do Banco Central<sup>422</sup>.

É utópico afirmar que a taxa média se trata de um parâmetro íntegro e de conclusão exata do valor médio aplicado pelos bancos, uma vez que não contempla todas as modalidades de crédito. Contudo, ainda assim, demonstra ser o melhor meio para regular a abusividade das taxas aplicadas.

Por se tratar de taxa “média”, é claro que os valores e proporções das taxas aplicadas aos juros devem oscilar, pois do contrário, seria uma taxa fixa.

As instituições financeiras, portanto, devem se adequar ao mercado, cobrando taxas de juros proporcionais as demais instituições, com razoabilidade e respeito ao consumidor.

Insurge, então, a celeuma quanto a valoração do que se considera ser abusiva e desproporcional em relação a taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil e a possibilidade de revisão pelo poder judiciário.

Deste modo, conforme os inúmeros processos a respeito do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determinou os

<sup>422</sup> Sítio eletrônico do Banco Central -disponível em <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/txjuros>> Acesso em 20 jul. 2022.

seguintes parâmetros para considerar como abusivas as taxas superiores à:

Uma vez e meia da taxa média de mercado	REsp	271.214
Ao dobro da taxa média de mercado	REsp	1.036.818
Ao triplo da taxa média de mercado	REsp	971.853

#### 4. VALORAÇÃO DA PROVA PARA CARACTERIZAR A ABUSIVIDADE

Após a análise da possibilidade de revisão dos juros remuneratórios pelo poder judiciário, o Superior Tribunal de Justiça defende a tese de que a parte requerente deve comprovar, de modo robusto, que as outras instituições financeiras, nas mesmas condições de contrato, praticam percentuais muito inferiores<sup>423</sup>.

Para a produção de tal prova robusta, no voto do Ministro Aldir no Agravo Regimentado no Recurso Especial nº 935.231/RJ, julgou que é necessário a realização de perícia que permita a comparação da taxa financeira aplicada com outras utilizadas pelas demais instituições financeiras, desde que haja igualdade entre o produto contratado, a praça e a época do empréstimo bancário<sup>424</sup>.

<sup>423</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.572/RS, Relator Min. Aldir Passarinho. Quarta Turma, DJe 10.03.2008.

<sup>424</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 935.231/RJ, Quarta Turma, DJ de 29.10.2007

No REsp 1.035.857, o Min. Massami Uyeda julgou ser:

[...] firme o entendimento desta augusta Corte no sentido de que, não obstante a inequívoca incidência da lei consumerista nos contratos bancários, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos [...].<sup>425</sup>

De certo, a comprovação da abusividade nos valores da taxa de juros aplicada em muito acima da taxa média de mercado, também pode ser influenciada pelo risco da operação de crédito realizada. Neste sentido, o Ministro Menezes Direito proferiu o seguinte voto no REsp 271.214/RS:

O tema, com certeza, é complexo, porque o risco de cada operação influi na respectiva taxa de juros. Mas o peso desse componente, e de outros, no custo do empréstimo deve, então, caso a caso, ser justificado pela instituição financeira, o juiz saberá decidir as controvérsias a propósito, se respeitar a racionalidade econômica, representada pelo mercado.<sup>426</sup>

Cabe, então, em casos em que há o grande risco da operação que justifique a alta taxa de juros aplicada, com aumento significativo em relação a taxa média de mercado, a comprovação pela instituição financeira.

<sup>425</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.036.857/RS, Terceira Turma, DJe de 05.08.2008.

<sup>426</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003.

## 5. REVISÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO

### Abusividade da taxa de juros

A luz da função social do contrato e da boa-fé objetiva, o princípio da *pacta sunt servanda* sobre os contratos pactuados entre as instituições financeiras e consumidores, embora envolto da livre manifestação das vontades das partes, não é suficiente para exigir do consumidor vantagens abusivas.

Diante da base principiológica da boa-fé objetiva, função social do contrato e defesa do consumidor quando lesados pela abusividade das taxas empregadas pelas instituições financeiras, o Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com um contrato de concessão de crédito que havia a cobrança de taxa de juros de 10,90% ao mês, no REsp 407.097/RS, proferiu a seguinte decisão:

**DIREITO COMERCIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS.** Os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação. Recurso especial conhecido e provido.<sup>427</sup>

Como excepcional para a atuação e regulação do poder judiciário quanto aos contratos de empréstimo bancário, a jurisprudência definiu, portanto, a necessidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do controle da taxa empregada, que deve

<sup>427</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 407.097/RS, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 12/3/2003, DJ de 29/9/2003, p. 142

ser comprovada a sua discrepância à média de mercado, ressalvadas as hipóteses em que há grande risco a respeito da operação.

O judiciário deve atuar, deste modo, em casos concretos em que há a flagrante abusividade das taxas de juros aplicadas nas relações de consumo entre instituições financeiras e o consumidor.

No entanto, o tema requer cognição extensa e cautelosa, pois deve-se analisar cada operação singularmente, entendendo o risco atribuído ao crédito cedido, o que interfere diretamente na taxa de juros aplicada.<sup>428</sup>

Em casos de taxas de juros abusivas e desproporcionais a taxa média de mercado, é possível a revisão do percentual de juros expresso no contrato, “desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto”.<sup>429</sup>

Igualmente, no REsp 915.572/RS, o Min. Aldir Passarinho manifestou que “a pactuação é livre entre as partes, somente se podendo falar em taxa abusiva se constatado oportunamente por prova robusta que outras instituições financeiras, nas mesmas condições, praticariam percentuais muito inferiores”.<sup>430</sup>

### Casos de Ausência de Previsão Contratual da Taxa dos Juros Remuneratórios

<sup>428</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003.

<sup>429</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 382. Segunda Seção, em 27/5/2009 DJe 08/6/2009.

<sup>430</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.572/RS, Relator Min. Aldir Passarinho. Quarta Turma, DJe 10.03.2008.

É necessário que a taxa dos juros a ser aplicada esteja descrita, de maneira clara no instrumento contratual, a fim de evitar o preenchimento potestativo da instituição financeira.

A necessária previsão da taxa aplicada aos juros remuneratórios é elemento essencial do contrato para evitar abusividade no arbitramento da quota a ser imposta pela instituição financeira, conforme dispõe o art. 51, X do Código de Defesa do Consumidor: “X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.”<sup>431</sup>.

O Código Civil, no art. 122, traz outra vedação quanto ao tema, ao vedar “o puro arbítrio de uma das partes”.<sup>432</sup>

Deste modo, cabe ao poder judiciário preencher a omissão contratual quanto a taxa de juros que deveria constar no negócio jurídico pactuado, lembrando que não há mais a limitação de 12% ao ano aos juros remuneratórios, conforme Recurso Especial Repetitivo nº 1.061.530/RS.

Para suprir esta lacuna, a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto no Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.879/PR, demonstrou ser necessário “interpretar os negócios jurídicos, tendo em vista a intenção das partes ao firmá-los, de acordo com o art. 112 do CC/02. Essa intenção, nos termos do art. 113, deve ter em conta a boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato”.<sup>433</sup>

Para isso, ficou definido no Recurso Repetitivo, REsp nº 1.112.879, que deve ser aplicado a taxa média de mercado, ressalvado

<sup>431</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>432</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>433</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, 10/05/2020.

a hipótese em que a taxa arbitrada pela instituição financeira for inferior ao índice médio do Banco Central, conforme ementa do acórdão abaixo:

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO. I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS 1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO - Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento. Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos.<sup>434</sup>

<sup>434</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, 10/05/2020.

### Comissão de Permanência

A par da possibilidade de ser realizada a correção monetária a partir do vencimento pela edição da Lei nº 6.899/81 e o posterior advento da Resolução nº 1.129/86 do Conselho Monetário Nacional, ficou permissivo aos bancos exigirem, além dos juros de mora, a comissão de permanência de seus contratantes inadimplentes.

A comissão de permanência é a “contraprestação devida pela indisponibilidade do dinheiro emprestado no período na inadimplência”<sup>435</sup>. Trata-se, pois, do reequilíbrio financeiro para cumprir com as demais operações firmadas pelas instituições financeiras.

Deste modo, a comissão de permanência foi inserida pelo Banco Central na Resolução 15/66 do Conselho Monetário Nacional, sendo regulada pelas Circulares 77/67 e 82/67 da mesma autarquia.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao tema, determinou que a cobrança da comissão de permanência era possível desde que não fosse cumulada com outros encargos moratórios ou remuneratórios, uma vez que todos estas cobranças já estavam inseridas na natureza da referida cobrança, incorrendo em *bis in idem*, conforme súmulas 30, 294, 296, REsp 271.214/RS e AgRg no REsp 706.801/RS.

Diante da cumulação ilegal da comissão de permanência com os demais encargos decorrentes da inadimplência, como juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça determinou que a primeira deveria ser afastada,

<sup>435</sup> BRASIL. Parecer da Procuradoria Geral do Banco Central n.º 254/2008, p. 297.

uma vez que os demais encargos não possuem incompatibilidade entre si<sup>436</sup>.

Contudo, a cobrança da comissão de permanência é uma incógnita para os consumidores, pois cada instituição financeira age de maneira singular quanto aos valores e as exposições de motivos das cobranças, deixando o consumidor desorientado, sendo esta, uma conduta expressamente vedada pelos artigos 4º, 6º e 52 do Código de Defesa do Consumidor, pelos deveres de transparência, informação e o princípio da boa-fé objetiva, bem como o artigo 51, X do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 122 do Código Civil pelo arbitramento unilateral dos bancos.

Inclusive, a Federação Brasileira de Bancos, afirmou nas razões do julgamento do Recurso Repetitivo, REsp nº 1.061.530/RS, conforme exposto pelo voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.058.114/RS, ser “impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades”<sup>437</sup>.

O assunto foi pacificado no tema 52, REsp nº 1.058.114/RS, quando ficou estabelecido a legalidade da cobrança da comissão de permanência para vigor após o vencimento do título, ou seja, *no período de inadimplência*, reiterando os julgamentos anteriores de que esta cobrança não pode ser cumulada com a correção monetária, nem com os juros remuneratórios, que devem ser calculados de acordo com a taxa média do mercado.

### DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

<sup>436</sup> *Vide* REsp nº 1.058.114/RS.

<sup>437</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.058.114/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator do Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, 12/08/2009.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação. 2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida. 3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC. 4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro. 5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.[...] Para os efeitos do art. 543-C do CPC, a cláusula da comissão de permanência foi considerada válida, vencida a Sra. Ministra Relatora.<sup>438</sup>

Conclui-se que, mesmo sendo admitida a cobrança da comissão de permanência no âmbito dos contratos bancários, os

<sup>438</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.058.114/RS. Relatora Ministra Nancy Adrighi, Relator do Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, 12/08/2009.

valores arbitrados pelas instituições financeiras não podem ser abusivos ao ponto de ultrapassar a soma dos encargos moratórios e remuneratórios, devendo ser respeitada a taxa média de mercado sob pena de ser objeto de ação revisional pela abusividade ao consumidor.

D. A Lei nº 14.181 de 2021 que alterou o Código de Defesa do Consumidor

A Lei nº 14.181 de 2021 trouxe ao Código de Defesa do Consumidor significativas alterações na concessão de crédito, incluindo no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, dois novos princípios previstos nos incisos IX e X “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores” e “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”.<sup>439</sup>

Igualmente, trouxe outra inovação legislativa no art. 5º do Código de Defesa do Consumidor, incluindo no rol de instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo, nos incisos VI e VII, a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” e “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”.<sup>440</sup>

No mesmo sentido da proteção ao superendividamento e a educação financeira, no artigo 6º do CDC, a Lei nº 14.181 de 2021, incluiu como direitos básicos do consumidor:

Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º.

<sup>439</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>440</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito.<sup>441</sup>

Observa-se, pois, a grande preocupação em relação ao superendividamento do consumidor, a qual Cláudia Lima Marques já falava há anos sobre a necessidade de soluções.

[...] soluções, que vão desde a informação e controle da publicidade, direito de arrependimento, para prevenir o superendividamento, assim como para tratá-lo, são fruto dos deveres de informação, cuidado e principalmente de cooperação e lealdade oriundas da boa-fé para evitar a ruína do parceiro (exceção da ruína), que seria esta sua 'morte civil', exclusão do mercado de consumo ou sua 'falência' civil com o superendividamento.<sup>442</sup>

Dentro destas mudanças, foi incluído o capítulo VI-A do Código de Defesa do Consumidor com bases principiológicas na boa-fé objetiva e dignidade da pessoa humana, visando resguardar a saúde financeira ao ponto de não comprometer seu mínimo existencial<sup>443</sup> do consumidor.

<sup>441</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>442</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor. 2005, p. 12.

<sup>443</sup> *Vide* art. 6º, XII do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 14.181/21 é de grande relevância para este trabalho, eis que, conforme parágrafo segundo do artigo 54-A do Código de Defesa do Consumidor, as dívidas que podem caracterizar o superendividamento “englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito (...)”.<sup>444</sup>

Depreende-se da epistemologia da legislação quanto ao capítulo VI-A em comento, a tutela do legislador em trazer ao consumidor a cognição ampla na busca pelo crédito responsável, de modo a evitar, além do superendividamento, a redução das cláusulas abusivas e o excesso litigioso.

Não à toa, o art. 54-B, obriga as instituições financeiras a esclarecer no contrato diversas informações importantes para a cognição ampla do negócio jurídico. Esta preocupação é tamanha, que não bastou a disposição do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor para evitar as lesões a boa-fé objetiva nos contratos bancários, fazendo-se necessário nova edição de norma protetiva, desta vez com redação mais específica para a concessão de crédito.

Desta forma, o artigo 54-B do Código de Defesa do Consumidor é complementar ao artigo 52 do mesmo diploma legal, trazendo pormenorizadamente o dever de transparência das instituições financeiras aos contratos de fornecimento de crédito:

Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário

<sup>444</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:

I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias

IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;

V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.

§ 1º As informações referidas no art. 52 deste Código e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor.

§ 2º Para efeitos deste Código, o custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37 deste Código, a oferta de crédito ao consumidor e a oferta de venda a prazo, ou a fatura mensal, conforme o caso, devem indicar, no mínimo, o custo

efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.<sup>445</sup>

Observa-se, então, que as normas do artigo 54-B visam proteger o consumidor de práticas abusivas das instituições financeiras, forçando os bancos a incluírem nos contratos várias informações atinentes ao crédito bancário cedido, merecendo destaque para a finalidade deste trabalho, os incisos I e II, que determinam a necessidade da informação quanto o custo total do contrato e a taxa mensal de juros remuneratórios, de mora e encargos aplicados.

Outra característica notória da Lei nº 14.181/21, é no sentido da prevenção a inadimplência, que deve ser realizada pelas instituições financeiras antes de pactuarem a avença, sendo vedado, pelo art. 54-C<sup>446</sup>, na oferta de crédito “indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor” e “ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo”.

Por fim, merece ainda destaque, o parágrafo único do art. 54-D, que impõe uma nova sanção judicial as instituições financeiras que agirem de má-fé, contrariando as disposições do art. 54-C, 54-D e 52 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 54-D. Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo

<sup>445</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>446</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

Frisa-se que a disposição desta sanção judicial tem por finalidade principiológico a boa-fé objetiva e a função social do contrato em vista a vulnerabilidade do consumidor frente a arbitrariedade e condutas desleais praticadas muitas vezes pelas instituições financeiras.

#### 6. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E NECESSIDADE DO BANCO EM COMPROVAR A NÃO ABUSIVIDADE PARA TAXAS COBRADAS ACIMA DE UMA VEZ E MEIA À TAXA MÉDIA

Após a análise da evolução normativa a respeito da capitalização de juros, a relação de consumo nos contratos bancários e as decisões do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, cabe neste capítulo, observar a responsabilidade do banco no que concerne a comprovação da inocorrência de cláusulas abusivas quando deparadas com taxas de juros acima de uma vez e meia à taxa média de mercado.

A taxa de juros remuneratórios, embora não esteja sujeita à limitação, deve estar em conformidade com os parâmetros a taxa média do mercado, podendo, em caso de abusividade, haver ação revisional.

Diante do julgamento do REsp nº 1.061.530/RS, sob o rito de recurso repetitivo, ficou estabelecido que a taxa da capitalização de juros deve ser analisada individualmente, a cada caso concreto, conforme o juízo de abusividade.

No mesmo julgamento, no voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi, ficou estabelecido que podem ser consideradas

como abusivas as cláusulas que estipulem a taxa de juros acima de uma vez e meia, ao dobro ou ao triplo da taxa média de mercado disponibilizada pelo Banco Central.

Conforme trecho em destaque do REsp nº 1.061.530/RS, ficou consolidado o entendimento de que o parâmetro adotado para considerar a taxa de juros como abusiva, seja uma vez e meia, ao dobro ou ao triplo da taxa média de mercado, requer o exame do caso concreto pelo juízo.

Esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos.<sup>447</sup>

A luz do princípio da vulnerabilidade, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, é imperioso que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Em consonância, o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor consagra a inversão do ônus da prova, tendo em vista a hipossuficiência técnica e econômica do consumidor.

Deste modo, pela inversão do *onus probandi* e da interpretação pró-consumidor, deve ser aplicado, em regra, o limite da taxa à uma

<sup>447</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.061.530/RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Dje 01/12/2009.

vez e meia a taxa média de mercado, cabendo, do contrário, as instituições financeiras comprovarem, no caso concreto, de que seria aceitável utilizar-se de um limite superior, seja ao dobro ou ao triplo.

As referências ao “dobro” ou ao “triplo” da média, não podem partir de critérios genéricos e universais. Na ausência de fundamentação ou justificativa razoável apresentada pela instituição financeira, para sobrelevar além de uma vez e meia a taxa média, deve ser considerada abusiva qualquer extrapolação.

Conforme apontado na decisão representativa de controvérsia “a taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos”.

Portanto, a aplicação do “dobro” ou do “triplo” da taxa média do mercado somente teria lugar em situação eventual e excepcional, em vista a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, cabendo nestes casos, a prova produzida pelas instituições financeiras, nos termos do art. 6º, VIII.

O tema, com certeza, é complexo, porque o risco de cada operação influi na respectiva taxa de juros. Mas o peso desse componente, e de outros, no custo do empréstimo deve, então, caso a caso, ser justificado pela instituição financeira, o juiz saberá decidir as controvérsias a propósito, se respeitar a racionalidade econômica, representada pelo mercado.<sup>448</sup> (grifos deste autor).

Ademais, a prova a ser produzida pela instituição financeira deve ser robusta, comprovando cabalmente que a taxa aplicada no

<sup>448</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003.

contrato é inferior a outras aplicadas pelos demais bancos (taxa média):

Necessário esclarecer que a pactuação é livre entre as partes, somente se podendo falar em taxa abusiva se constatado oportunamente por prova robusta que outras instituições financeiras, nas mesmas condições, praticariam percentuais muito inferiores.<sup>449</sup> (grifos deste autor)

A interpretação deve ser diante da base principiológica do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispõe o artigo 51, XV do Código de Defesa do Consumidor ao considerar abusivas as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor”.<sup>450</sup>

É preciso, então, observar os princípios da boa-fé objetiva, a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana, isonomia, bem como a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, de modo a evitar que as instituições financeiras tirem vantagens excessivas daqueles que estão em desvantagem posição na relação de consumo.

Ofendida a boa-fé objetiva, configura-se, de forma indisfarçável, a lesão enorme ao consumidor, prevista no § 1º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, como aquela que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”<sup>451</sup> enquanto considerada como a obtenção por uma parte, em

<sup>449</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.572/RS, Relator Min. Aldir Passarinho. Quarta Turma, DJe 10.03.2008.

<sup>450</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>451</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

detrimento da outra, de vantagem exagerada e incompatível com a noção de equidade, nos termos do art. 39, V do mesmo diploma legal.

## 7. CONCLUSÃO

Neste estudo foram abordadas a evolução normativa e jurisprudencial quanto a capitalização e taxas de juros, em comparação a relação de consumo e os princípios protetivos ao consumidor, na defesa da aplicação, como regra, do limite das taxas de juros remuneratórios a uma vez e meia a taxa média de mercado.

A boa-fé objetiva e a função social do contrato são princípios máximos e basilares da conduta contratual que traz a ideia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações contratuais. Refere-se àquela conduta que se espera das partes contraentes, com base na lealdade, de sorte que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada, *ex lege*, como abusiva.

Não prevaleceu o fundamento de que o art. 192 § 3º da CRFB, revogado pela EC 40 de 2003, durante sua vigência, determinaria a limitação dos juros a 12% ao ano, tendo sido afastada a eficácia plena do dispositivo, conforme a Súmula Vincula nº 7 do STF.

Por outro lado, com a entrada em vigor os litígios que questionavam a limitação da taxa de juros a 1% ao mês e a aplicação dos artigos 406 cumulado com 591 do Código Civil para o sistema financeiro, não lograram êxito, em razão de prevalecer o entendimento de que o sistema financeiro é regulado pela Lei nº 4.595/64, recepcionada com a roupagem de Lei Complementar, sendo a lei especial que regula a matéria.

A regulação dos juros do sistema financeiro é matéria reservada à Lei nº 4.595/64, por ser diploma básico do sistema financeiro nacional recepcionada, após o advento da Constituição de 1988, como Lei Complementar, a qual tem previsão, em seu Art. 4º que “compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros [...]. Contudo, tal limitação não é praticada pelo CMN, assentindo, assim, que o mercado financeiro tivesse livre deliberação.

Diante disso, o artigo 51, XV do Código de Defesa do Consumidor diz serem abusivas as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor”, dentro do qual se insere tal princípio por expressa disposição do artigo 4º, *caput* e inciso III.<sup>452</sup>

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor veda expressamente a lesão enorme, quando, no §1º do art. 51, presume exagerada a vantagem (correlata à lesão enorme) sempre que a vantagem “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (inciso III), além de reconhecer a nulidade de pleno direito das cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inciso IV)<sup>453</sup>.

Em estrita observância ao Código de Defesa do Consumidor, abre-se a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o

<sup>452</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>453</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

controle da liberdade de convenção de taxa de juros naquelas situações que são evidentemente abusivas.

Não há dúvidas de que a imposição de juros exorbitantes configura prática abusiva, na medida em que traduz uma vantagem exagerada à instituição financeira. Assim, imprescindível a intervenção estatal a fim de garantir o equilíbrio contratual e a defesa do consumidor, parte menos favorecida na relação contratual.

O Código de Defesa do Consumidor agora tem uma nova abordagem quanto a proteção financeira do consumidor, trazendo como princípio no art. 4º a prevenção e tratamento do superendividamento. Desta forma, o art. 54-B, determina que seja descrito nos contratos de fornecimento de crédito o custo efetivo total, a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos incidentes.

Quanto à taxa de juros remuneratórios aplicada, ficou evidente pela Medida Provisória nº 2.170-36/2001 que o entendimento da jurisprudência pátria é no sentido da não submissão das instituições financeiras às limitações da Lei da Usura, na forma da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, isso não significava permitir que a taxa de juros fosse fixada de forma arbitrária e abusiva pela instituição financeira. Na verdade, é preciso observar os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, que tem como anexo o dever de informação, insculpidos nos artigos 113, 421 e 422 do Código Civil e nos artigos 4º, caput, III, 6º, III, 46, 47, e 51, XV e §1 e 54-B do Código de Defesa do Consumidor.

No REsp nº 1.061.530-RS, julgado sob o rito de recurso repetitivo, restou pacificado que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano não indica abusividade, não podendo, de igual modo, ser aplicável aos juros remuneratórios dos contratos de

mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do Código Civil.

Ainda no Recurso Especial nº 1.061.530/RS, foram consideradas como abusivas as taxas de juros acima de uma vez e meia, ao dobro ou ao triplo da taxa média de mercado, sendo possível, em situações excepcionais, a revisão das taxas de juros remuneratórios, desde que verificada a relação de consumo e a abusividade.

Defende-se neste artigo, que a porcentagem a ser considerada como abusiva, deva ser toda aquela acima de uma vez e meia a taxa média de mercado. A exegese é verificada pela vulnerabilidade do consumidor, princípio da boa-fé objetiva, função social do contrato, isonomia, dignidade da pessoa humana, proteção ao consumidor, *in dubio pro* consumidor e prevenção e tratamento ao superendividamento.

A decisão do julgamento repetitivo não acolhe genericamente qualquer dobro ou triplo.

Na ausência de fundamentação ou justificativa razoável apresentada pela instituição financeira, para sobrelevar além de uma vez e meia a taxa média, deve ser considerada abusiva qualquer extrapolação.

Para ir além de uma vez e meia a taxa média caberia ao Banco fundamentar e comprovar a razão para a extrapolação em sua extensão, com motivos tais como: baixo score de crédito do mutuário, contrato sem aval, custos de contratação, crédito não consignado, comprometimento de renda, ausência de patrimônio do mutuário etc.

Sem qualquer prova pelo Banco, o teto da taxa deve ser uma vez e meia a taxa média.

Quanto a instrução probatória, o REsp nº 1.061.530/RS determinou que deve ser cabalmente comprovado a abusividade, assim como o Ministro Menezes Direito, no voto proferido no REsp 271.214/RS e o Min. Massami Uyeda, no REsp 1.035.857/RS.

Diante da vulnerabilidade, e considerando a hipossuficiência técnica e econômica do consumidor, para a produção da prova cabal, deve haver a inversão do ônus da prova, cabendo a sua instrução ser realizada pelas instituições financeiras.

Este trabalho conclui que nos contratos bancários, a falta da devida fundamentação e da robusta produção da prova pela instituição financeira, torna abusiva toda e qualquer taxa acima de uma vez e meia a taxa média de mercado.

## 8 . BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, André Zanetti. Juros: taxas e capitalização. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAUMAN, Zygmunt Vida Para Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Taxa de Juros da Economia. Sítio eletrônico do Banco Central do Brasil. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/txjuros>> Acesso em 20 jul. 2022.

BRASIL. Parecer da Procuradoria Geral do Banco Central n.º 254/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 973.827/RS. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão R.P/Acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília (DF), 08 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.131 - RS (2015/0245112-9). RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data do julgamento 15 de dezembro de 2015. DJe: 03/02/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 935.231/RJ, Quarta Turma, DJ de 29.10.2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.036.857/RS, Terceira Turma, DJ de 05.08.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.572/RS, Relator Min. Aldir Passarinho. Quarta Turma, DJe 10.03.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 407.097/RS, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 12/3/2003, DJ de 29/9/2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.058.114/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator do Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, 12/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.061.530/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 01/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4 - Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator: Min. Sydney Sanches, Julgamento: 07/03/1991, Publicação: 25/06/1993, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

FARIAS, Thélío Queiroz. Dos juros. Leme, SP: Anhanguera Editora Jurídica, 2011.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

KEYNES, John Maynard, 1883-1946. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LIMA, Clarissa Costa de. O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores. Coord. Antonio Herman Benjamin e Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor. 2005.

MATTOS E SILVA, Bruno. Anatocismo legalizado: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. In: [www.direitobancario.com.br](http://www.direitobancario.com.br), 01/07/2001.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. Moeda, Juros e Instituições Financeiras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Sérgio. Revista VEJA edição *on line*. Juros, o 'roubo do tempo'. Publicado em 31 out. 2014 Atualizado em 31 jul. 2020. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/coluna/sobre-palavras/juros-o-roubo-do-tempo/>> Acesso em 20 jul. 2022.

SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. Algumas breves reflexões sobre juros à luz do Código Civil de 2002. Revista Forense. V. 381. out/2005.

WOLKOMER, Antonio Carlos. Direito e Democracia. Revista Direito, Estado e Sociedade, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 5. Rio de Janeiro, p. 1-8, ago/dez de 1994

## LGPD E RECONHECIMENTO FACIAL

**Flávia Dantas Soares**

Graduada no Curso de Direito da Universidade Cândido Mendes – UCAM. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: [flaviadantassoares@id.uff.br](mailto:flaviadantassoares@id.uff.br); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6238243219399333>.

**Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado**

Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: [marcela\\_amaral@id.uff.br](mailto:marcela_amaral@id.uff.br).

Lattes:

[https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=CFAD4449BC550AB5E845B0CD81ECE2E1#](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=CFAD4449BC550AB5E845B0CD81ECE2E1#)

**Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira**

Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: [renatabjesus@yahoo.com.br](mailto:renatabjesus@yahoo.com.br).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8705441487674096>

### Resumo

O presente trabalho cuida do reconhecimento ou biometria facial como ferramenta que denota o avanço tecnológico pelo uso da inteligência artificial, aplicado em diversas áreas, dentre as quais as relações de consumo. Neste sentido, surge espaço para avaliação do uso dos dados decorrentes da referida ferramenta no âmbito da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), perquirindo qual seria a classificação e tratamento adequado

para dados biométricos, assim como cuidando de questões afetas à necessidade de consentimento para utilização e, questões decorrentes da falta de informação quanto à cadeia de custódia destes dados. Observa-se espaço, ainda, para expor alguns pontos relacionados ao debate que exsurge do tema na Europa, e trazer aplicações para o contexto brasileiro, no qual a matéria ainda carece de regulamentação.

Palavras Chaves: LGPD; Reconhecimento Facial; Consumidor.

### 1. Introdução

O reconhecimento ou biometria facial passou a fazer parte da rotina do consumidor no Brasil, seja para permitir acesso a um aparelho celular, realizar uma compra com cartão de crédito, autorização para uma consulta médica paga pelo plano de saúde, ingresso na academia ou como medida de segurança de aplicativos de mensagem. O fato é que a prática foi naturalmente disseminada e pouco se questionou a respeito.

A tecnologia traz facilidades e, ao mesmo tempo, permite uma maior vigilância sobre o indivíduo, que tem seus dados coletados, a partir de qualquer contato com a internet, seja em sites de compras ou nas redes sociais. Tais informações são valiosas e vão direcionar a atividade publicitária, baseada no mapeamento especializado, de modo a influenciar a aquisição de determinado serviço ou produto, caracterizando, assim, a publicidade comportamental (ALVES et al., 2022, p. 161).

Nesse contexto, mostra-se relevante discorrer sobre a vulnerabilidade do consumidor, diante da necessidade de correta e clara informação sobre o armazenamento e utilização de seus dados, quando da cessão de seu consentimento, em especial porque a Lei

Geral de Proteção de Dados não tratou em específico do reconhecimento facial, objeto do Projeto de Lei nº 2537 de 2019.

## 2. Era digital e o consumidor

A vida cotidiana de quem faz uso da internet, transformou-se em uma fonte ilimitada de dados. Mensagens de SMS, WhatsApp, pesquisas, aplicativos que solicitam localização. Seja clicar, compartilhar ou buscar, qualquer interação pode ser medida, até mesmo o tempo que o cursor do mouse passa sobre uma imagem, tudo pode ser monetizado. Uma pesquisa em um buscador está atrelado à identidade de quem procura, logo mesmo que se parta dos mesmo parâmetros, haverá resultados distintos (COURI, 2018, p.125).

[...] é cada vez mais difícil ser anônimo, não deixar pegadas na internet. Em cada ação on-line, estamos trabalhando de graça, construindo perfis que serão vendidos a anunciantes, pesquisas e empresas de tipos diversos (marketing, análises científicas, saúde, bancária, comercial, que falam de “prevenção” de crimes e identificação de comportamentos suspeitos). Decisões feitas com base nos perfis gerados por dados determinam, de maneira duvidosa, quem somos, quais conteúdos veremos, que tipo de produtos nos serão oferecidos, a quais serviços teremos acesso, o que podemos mostrar ou ver, quais territórios podemos cruzar (COURI, 2018, p.127)

Informações são consideradas uma nova fonte de riqueza, por viabilizar a leitura dos gostos e predileções do sujeito, ao ponto de influenciar e até mesmo direcionar suas decisões, sobretudo de consumo.

[..] o avanço da circulação de informação no mundo atual fundamenta a assertiva de que vivemos hoje em uma sociedade de informação. A sociedade de informação, como requisito qualificador do momento atual da experiência humana, o fazemos admitindo que podemos caracterizar o modo de desenvolvimento atual como baseado na informação, assumindo-o como núcleo de importantes transformações na esfera econômica, política e cultural. [...] vivemos em uma sociedade em que a informação ocupa um lugar fundamental, fruto de uma radical urbanização da sociedade, iniciada na Revolução Industrial e se intensifica no século XX, por motivos de critérios econômicos e políticos. A importância da informação potencializou a partir do desenvolvimento vertiginoso da informática, entendida como tratamento automático da informação. (PAIVA et al., 2021, p. 83)

Ocorre que o consumidor, ontologicamente vulnerável, tem sua fragilidade agudizada no terreno da tecnologia. Sem compreender os processos, se mostra indefeso, sem qualquer possibilidade de autodeterminação no que se refere a captação e uso de seus dados pessoais.

Empresas que desenvolvem aplicativos, cumprem formalidades, ao apresentar ao consumidor contratos de licença ou termo de uso, automaticamente “aceitos”, sem a real compreensão de seu conteúdo. Conseguem o consentimento do indivíduo, ainda que desinformado, o que pode trazer riscos e viabilizar uma série de abusos, de proporções imensuráveis pelo consumidor.

A sociedade de risco é, em contraste com todas as épocas anteriores (incluindo a sociedade industrial), marcada fundamentalmente por uma carência: pela impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo. A diferença de todas as culturas e fases de desenvolvimento social anteriores, que se viam confrontadas a ameaças das mais variadas formas, atualmente a sociedade se vê, ao lidar com riscos, confrontada consigo mesma.

Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições sociais de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos). Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para a autotransformação, para a autoconfiguração e para a autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta. Isto significa, contudo: as fontes de perigos já não são mais o desconhecimento, e sim o conhecimento, não mais uma dominação deficiente, e sim uma dominação aperfeiçoada da natureza, não mais o que escapa ao controle humano, e sim justamente o sistema de decisões e coerções objetivas estabelecido com a era industrial. A modernidade acabou assumindo também o papel de sua antagonista da tradição a ser superada, da força da natureza a ser controlada. Ela é ameaça e promessa de isenção da ameaça que ela mesma gera [...] (BECK, 2011, p. 275).

De fato, existem inúmeras técnicas para coleta de dados sobre a pessoa com a finalidade de direcionar seu consumo (publicidade comportamental). Quanto mais tempo a pessoa passa na internet, nas redes sociais, mais dados fornece, o que possibilita o direcionamento de propagando ainda mais específica. Não há serviço gratuito, a remuneração é feita com informações privadas (PAIVA e al, 2021, p. 85).

Na realidade, ao aderir à utilização de serviços de internet, automaticamente o consumidor “cede” seus dados, que são capitaneados e organizados para estimular ainda mais o consumo, sem qualquer conhecimento da leitura e interpretação que os mesmos vão ter. Em estados autoritários essa vigilância pode afetar o direito à vida, mesmo em uma democracia, esse nível de monitoramento pode cercear qualquer perspectiva de liberdade.

## 2.1 .Direito fundamental à privacidade de dados

Diz-se que o direito privado brasileiro passou por uma verdadeira Virada de Copérnico (FACHIN, 2012) a partir das influências hermenêuticas da Constituição Federal de 1988 que, ao disciplinar os direitos fundamentais, deu ênfase a proteção à dignidade da pessoa humana, prevendo, em especial, a proteção da “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, consoante disposto no inciso X, do art. 5º.

Nesta toada, o Código Civil de 2002 abandonou o padrão essencialmente patrimonialista, e pautado nos paradigmas da socialidade, eticidade e operabilidade, disciplinou os direitos da personalidade, nos artigos 11 a 21, os quais, dotados de intransmissibilidade e irrenunciabilidade, prestigiam e protegem atributos essenciais da pessoa humana (SCHEREIBER, 2013).

Em que pese o rol meramente exemplificativo de direitos da personalidade, disposto pelo legislador privado, observa-se que a previsão constitucional de proteção da vida privada foi reproduzida no art. 21 do CC/2002. Cabe registrar que, além da proteção constitucional e da legislação civil do Brasil, o direito à privacidade é protegido em âmbito internacional, consoante artigo 12, da Convenção Internacional de Direitos Humanos e art. 11.2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Há uma discussão doutrinária a respeito das diferenças terminológicas envolvendo privacidade, intimidade e vida privada. Sobre o assunto, José Afonso da Silva ensina:

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo” (SILVA, 2007, p.206).

Nos dias que correm, a proteção do direito à privacidade exige maior dinamicidade, na medida em que, cuidando-se de uma sociedade da informação, que experimenta constantes avanços tecnológicos e científicos, convive-se com uma enorme produção e coleta de dados pessoais, os quais permitem o delineamento de perfis comportamentais por meio, por exemplo, do emprego de algoritmos. Em virtude disto, questão relevante que se levanta é a possibilidade de utilização dos referidos dados para o direcionamento dos hábitos do consumidor. (MARTINS, MACHADO e LIMA, 2020)

Discorrendo sobre o tema, explicam MARTINS et. al, 2020::

Em outras palavras, cada vez que acessamos um site ou aplicativo de navegação na internet, as nossas interações com o que está sendo exibido vão sendo armazenadas e classificadas automaticamente gerando, através dos critérios adotados pelo algoritmo, um perfil comportamental para cada usuário. Posteriormente, quando acessamos novamente sites ou aplicativos, esse perfil é ativado e isso vai servir para filtrar as informações que nos serão exibidas, bem como a ordem de relevância com que aparecerão. Não se duvida que esse processo automatizado possa auxiliar a nossa experiência de navegação, direcionando respostas

provavelmente mais próximas do que estamos buscando na rede. O problema é quanto esse processo limita a nossa descoberta de novas informações, de interações aleatórias necessárias ao processo criativo e, em última análise, no desenvolvimento de nossa personalidade. Por esse motivo, leis e regulamentos sobre privacidade e dados pessoais têm incluído o perfil comportamental como espécie de dado pessoal protegido. Diante desse cenário mundial, fez-se inegavelmente necessário o estabelecimento de mecanismos públicos (leis, regulamentos, tratados, precedentes etc.) destinados a proteger a privacidade contida nos dados pessoais e mitigar os efeitos danosos do tratamento desses dados. (MARTINS et. al, 2020)

Neste contexto, surgiu a necessidade de regulamentação dos processos de tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com vistas à proteção da privacidade inerente aos mesmos. No Brasil, a referida regulamentação deu-se no ano de 2018, quando a Lei nº 13.709/2018 ou Lei Geral de Proteção de Dados foi elaborada, no entanto, a vigência do referido instrumento normativo teve início apenas no ano de 2020.

A LGPD traz, no inciso I, de seu art. 5º, o conceito de dado pessoal, como sendo a “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Já o inciso II, do mesmo dispositivo legal, apresenta o conceito de dado pessoal sensível, como dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, ou mesmo o dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Já a condição de titular de dados é definida no inciso V, do art.5º, como sendo a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

Consoante disposto em lei, a regulação do tratamento dos dados pessoais tem por objetivo a proteção de direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da

personalidade da pessoa natural. Verifica-se, assim, que o legislador aloca o direito à proteção de dados pessoais como um direito vinculado ou decorrente do direito à privacidade. E há doutrina civilista contemporânea com entendimento neste sentido:

O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais. (SCHEREIBER, 2013, p. 136/137)

Ocorre que em 2019 iniciou-se a tramitação da PEC 17, cujo objetivo era alterar a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, além de fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

O status de direito fundamental autônomo para a proteção dos dados pessoais, e conseqüente desvinculação do direito à privacidade foi defendido por MARTINS, et. al, 2020:

O direito aos dados pessoais não pode se resumir mais a uma questão de privacidade, como concebido originalmente, tendo transcendido de conteúdo do direito à privacidade para a categoria autônoma de direito fundamental: o direito aos dados pessoais como mais uma espécie de direito da personalidade. Sua violação é, portanto, uma potencial causa de dano moral por si só, *in re ipsa*, como

já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.758.799. (MARTINS, et al, 2020)

Em fevereiro de 2022, a promulgação da Emenda Constitucional nº 115 consolidou a autonomia da proteção de dados pessoais como direito fundamental desvinculado da vida privada por meio da inclusão do inciso LXXIX, ao rol do art. 5º da CRFB/1988. Tal medida demonstra a relevância do tratamento cogente da questão, como de ordem pública e interesse social (MARTINS, et al, 2020).

### 3. Lei Geral de Proteção de Dados e Reconhecimento Facial

Consoante a inegável vulnerabilidade do consumidor frente aos avanços tecnológicos, os Estados Democráticos de Direito, em especial, perceberam a necessidade de se regulamentar a proteção de dados pessoais, buscando um equilíbrio entre as atividades publicitárias, garantidas pelo direito à livre concorrência e iniciativa e, os direitos fundamentais de proteção à personalidade e privacidade da pessoa humana. Dessa forma, em 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia publicaram o Regulamento (UE) 2.016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

O Regulamento 2.016/679, denominado “Regulamento Geral sobre Proteção de Dados” (RGPD) foi pioneiro em reforçar e tornar mais próximos da realidade atual, institutos considerados avançados, como o direito a deletar dados, o direito ao esquecimento, o direito à portabilidade de dados pessoais, além de conter normas que vão além das já estabelecidas autoridades de proteção de dados em cada um dos países, disciplinando o Comitê Europeu de Proteção de Dados. Além disso, alterações importantes sobre a proteção da pessoa humana no tratamento de dados pessoais foram introduzidas,

em especial sobre os dados sensíveis, que, independentemente do formato com que são coletados, impõem novas obrigações aos cidadãos e a todas as instituições, públicas e privadas, ao exigir a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas. (MARTINS, 2021, p. 3-4)

Tendo como modelo o Regulamento Europeu, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD), foi instituída no Brasil e, atualmente, é a principal lei que regula o tratamento de dados pessoais. A LGPD iniciou sua vigência somente em 18 de setembro de 2020, após as alterações propostas pela Lei nº 13.853/2019, em especial a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPD).

A lei brasileira é expressão da convergência internacional em torno de princípios básicos da proteção de dados pessoais no mundo, ensejando uma aproximação entre as diversas normas, em conteúdo e forma, para além das peculiaridades nacionais, trazendo consigo a identidade de um padrão normativo entre os diversos sistemas internacionais. (MARTINS, 2021, p.4) O desenvolvimento de normas que apresentem entendimentos mais uniformes, aumenta a compatibilidade entre sistemas jurídicos, possibilitando melhor fluxo de informações e maior segurança nas transações e relações, inclusive em nível internacional. (TEPEDINO e TEFFÉ, p. 115, 2020)

A LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Por conseguinte, a LGPD garante direitos aos titulares dos dados, bem como impõe obrigações aos agentes de tratamento.

Entende-se que a proteção dos dados deve ser pensada desde a concepção do produto ou serviço disponibilizado, devendo ser implementadas medidas técnicas e organizacionais que assegurem a tutela dos direitos do titular. Há de se obter a garantia de que os dados pessoais serão processados com a mais alta proteção da privacidade (por exemplo, apenas os dados necessários devem ser tratados; o período de armazenamento deve ser curto; e o acesso aos dados deve ser limitado), de forma que os dados sejam automaticamente (como padrão) protegidos em qualquer sistema de TI ou prática de negócios. Atua-se, assim, no sentido de incorporar fortes medidas de segurança ao ciclo dos dados, para se garantir o gerenciamento seguro das informações do começo ao fim. (TEPEDINO e TEFFÉ, p.89)

Em seu artigo 2º, a Lei Geral de Proteção de Dados estabelece como fundamentos o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o desenvolvimento econômico e tecnológico, à livre-iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor. (BRASIL, 2018)

Observa-se a grande preocupação do legislador com a proteção da pessoa quando prevê o respeito aos direitos fundamentais de privacidade, intimidade, honra e imagem. Por outro lado, considera os princípios mercadológicos do desenvolvimento econômico e tecnológico, da livre-iniciativa e da livre concorrência, ratificando a importância do exercício das atividades econômicas, ou seja, a manutenção dos mais capacitados no fornecimento de produtos e serviços diferenciados, desde que observando os direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente e com a finalidade de proporcionar bem-estar social às pessoas.

Outro fundamento que merece destaque é o da autodeterminação afirmativa, o qual visa garantir aos titulares dos dados pessoais o poder de gerenciar os tratamentos e operações que poderão ser realizados com suas informações pessoais e, dessa forma se pronunciou VIEIRA, em 2007:

“...vários países têm editado legislações específicas a respeito da proteção de dados pessoais, especialmente diante dos recursos automatizados. Busca-se, desta forma, preservar a autonomia de cada indivíduo no controle de suas próprias informações. Essa nova faceta da privacidade (.....) é chamada pela doutrina *privacidade informacional* ou *direito à autodeterminação informativa*.” (VIEIRA, 2007, p.268)

Dessa forma, para possibilitar o exercício da autodeterminação afirmativa, o legislador prevê no artigo 7º, inciso I, da LGPD que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento, ou seja, ao titular cabe permitir ou não o uso de suas informações. O consentimento é caracterizado como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII).

A chamada autodeterminação informativa representa a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de seus dados. Nessa perspectiva, a atenção voltou a se dirigir para o consentimento dos interessados, admitindo-se a evolução do consentimento implícito (situação em que se entende que a pessoa consentiu em razão de sua própria conduta) para o consentimento informado, o qual orienta inclusive normas relativas à circulação de informações. No momento atual, o consentimento informado vem ganhando cada vez mais prestígio, por tornar o usuário participante ativo no processo de consentimento. (TEPEDINO e TEFFÉ, 2020, p.86)

Apesar de prever o fornecimento de consentimento informado para utilização de dados pessoais, a LGPD buscou estabelecer um equilíbrio entre as vontades do titular e as necessidades dos controladores de dados no momento que exercem suas atividades, tendo em vista serem alguns tratamentos de dados imprescindíveis ao cumprimento de obrigações em determinados setores de atuação. É o que se percebe quando se retira a necessidade do consentimento para cumprir leis e políticas públicas e para órgãos de pesquisa (com dados anonimizados, sempre que possível), por exemplo. Além disso, é importante perceber que há ponderação de direitos como o de tutela da saúde e proteção da vida, já que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, mas sim relativos. Também, dados referentes a pessoas públicas, sendo considerados de fácil acesso, são uma hipótese de dispensa. (LUGATI 2020, p. 27)

Cumprido ressaltar a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer momento, mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado. (TEPEDINO e TEFFÉ, 2020, p.99)

Seguindo a linha de outros sistemas jurídicos, a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD) categoriza e tutela de forma diferenciada os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis. Nesse sentido, dado pessoal é composto por informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, I) e dado pessoal sensível se refere à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II). (BRASIL, 2018)

Os dados biométricos são, portanto, dados sensíveis, tratados para o reconhecimento facial. Os traços dos rostos das pessoas são mapeados e padrões faciais são criados, permitindo a identificação dos indivíduos, através de uma técnica chamada de

biometria. TEFFÉ e FERNANDES, 2020, definem a biometria conforme transcrito abaixo:

“A biometria é a ciência de se estabelecer a identidade de alguém, a partir da medição e análise de seus atributos fisiológicos ou comportamentais mensuráveis. No primeiro caso, são exemplos: a impressão digital, o reconhecimento da íris, a identificação por retina, a definição dos traços do rosto, a arcada dentária, a geometria da mão e a altura da pessoa. No segundo, a forma como a pessoa digita, como anda, gestos característicos, voz e dinâmica da assinatura (velocidade do movimento da caneta, acelerações, pressão exercida e inclinação). Dados biométricos oferecem meios de identificar e autenticar indivíduos de maneira confiável e rápida, com base em um conjunto de dados reconhecíveis e verificáveis, que são únicos e específicos sobre seus titulares. O corpo torna-se a senha, meio único e exclusivo de individualização da pessoa” (TEFFÉ e FERNANDES, 2020).

É claro que, após coletar de maneira física, de alguma forma os dados serão manipulados para significar a sua real utilidade, sendo esta, geralmente, para fim de publicidade no ambiente digital. Considerando agora o cenário digital é preciso mencionar que se trata de um setor amplo e complexo, o que acaba favorecendo com que essa atuação possua um teor muito sensível, pois, na atual conjuntura em que se encontra esse processo, pouco se sabe, pelos consumidores, como essa manipulação digital funciona e, conseqüentemente, quais os perigos que ele pode correr tendo os seus dados utilizados por ela. (ALVES, 2022, p.169)

Dessa maneira é preciso reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no meio virtual, principalmente quando da utilização de dados pessoais sensíveis. O mapeamento e a análise de atributos da estrutura física ou comportamental dos indivíduos são dados de caráter personalíssimo e devem ser protegidos de forma mais intensa.

Nesse sentido, a LGPD, seguindo o entendimento do Regulamento da União Europeia 2.016/679, qualificou de maneira mais restrita o consentimento do titular dos dados sensíveis, e em seu artigo 11, I, estabeleceu a necessidade de que seja realizado de forma específica e destacada, para finalidades específicas, sem que seja possível a sua utilização posterior para outra aplicação. Além disso, dos princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais previstos no artigo 6º, da LGPD, importante destacar o princípio da não discriminação, o qual veda a utilização dos dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. (BRASIL, 2018)

Apesar da existência da LGPD como instrumento normativo para essa área tecnológica de dados, ainda não existe nenhuma legislação capaz de regular as relações e o uso do reconhecimento facial de forma específica e, desse modo o emprego de dados biométricos levanta controvérsias acerca da segurança de sua utilização, no que tange à privacidade e uso indevido dessas informações. (ALVES, 2022; p.168)

Alguns projetos de lei, ponderando a necessidade de se regulamentar melhor e especificamente a utilização de sistemas de vigilância com reconhecimento facial, encontram-se em tramitação. O Projeto de Lei nº 2537/2019, o qual obriga o aviso sobre o reconhecimento facial em estabelecimentos comerciais, aguarda parecer do Relator na Comissão de Defesa do Consumidor (CDC) e o Projeto de Lei nº 4612/2019, que tratava de forma específica o desenvolvimento, aplicação e uso de tecnologias de reconhecimento facial e emocional, foi apensado ao PL nº 12/2015, o qual dispõe sobre a utilização de sistemas de verificação biométrica.

O cenário digital é amplo e complexo, o que acaba favorecendo com que a coleta de dados personalíssimos possua um teor muito sensível. Na atual conjuntura em que se encontra esse processo, pouco se sabe, pelos consumidores, como essa manipulação digital funciona e, conseqüentemente, quais os perigos que ele pode

correr tendo os seus dados utilizados por ela. (ALVES, 2022; p.169) Entende-se necessária a aprovação de leis específicas no intuito de se regulamentar o mapeamento e a análise de atributos da estrutura física e comportamental dos seus titulares, garantindo maior segurança jurídica a essas relações virtuais.

### 3.1 Decisão Metrô de São Paulo

Enquanto o Poder Legislativo não regulamenta a questão de forma específica, o Poder Judiciário tem sido instado a se pronunciar, solucionando questões pontuais ou no âmbito da tutela coletiva.

Foi o caso da 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo que, ao apreciar a Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Defensoria Pública da União, IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL e ARTIGO 19 BRASIL, ajuizada em desfavor da Companhia do Metropolitano de São Paulo, deferiu liminar para impedir a execução de captação e tratamento de dados biométricos de usuários de metrô para utilização em sistemas de reconhecimento facial.

Consoante informado pelos autores da ação, o sistema de monitoração eletrônica envolveria o reconhecimento facial, captando e armazenando imagens de todos os usuários, sendo viável o compartilhamento dos dados, haja vista a operação integrada com

outros sistemas de monitoração eletrônica. Alegaram os autores que tal medida se demonstraria ilegal e desproporcional, uma vez que todas as faces, de todos os usuários poderiam ser lidas, copiadas, medidas e registradas, inexistindo medidas para obtenção de consentimento para obtenção e tratamento de dados pessoais biométricos dos usuários por parte do Poder Público.

A inicial afirmou, também, a ausência de transparência e de informações sobre as características e riscos oferecidos na execução do serviço público e sobre o tratamento dos dados pessoais dos usuários. Demais disto, os autores apontaram que o sistema utilizado lidaria com dados sensíveis sem observância adequada da Lei Geral de Proteção de Dados, e com ofensa a direitos previstos no Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos e no Código de Defesa do Consumidor. Por fim, pontuou-se a violação de direitos de crianças e adolescentes e a promoção de discriminação racial.

Em sua resposta, o Metrô limitou-se a informar que o tratamento de dados realizado pelo sistema contratado para ser utilizado nas estações estaria ligado à Segurança Pública e/ou atividades de investigação e repressão à infrações penais no Companhia, enquadrando-se, portanto, no inciso III, do art. 4º da LGPD.

Em que pese a necessidade de dilação probatória quanto às questões técnicas, no caso concreto, o Poder Judiciário optou pelo deferimento da liminar, haja vista a demonstração de insegurança do sistema que se pretendia implantar, bem como a “a potencialidade de se atingir direitos fundamentais dos cidadãos”.

O caso concreto apreciado pelo Poder Judiciário demonstra o quanto as instituições revelam insegurança na utilização dos dados biométricos, sendo incapazes de demonstrar objetivamente a finalidade da coleta, armazenamento e tratamento dos referidos dados, postura esta que vulnera sobremaneira o titular do direito, e

põe em xeque o efetivo respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, assim como o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa.

Assim sendo, considerando-se a incapacidade das instituições de demonstrar, de forma objetiva e clara, a utilização de dados biométricos coletados, há espaço para atuação limitativa por parte do Poder Judiciário, a fim de assegurar que os titulares de direito tenham a oportunidade consentir com a captura dos referidos dados, de forma livre, evitando, desta forma, que o uso indiscriminado ou abusivo de tecnologias de vigilância inibam a autodeterminação do indivíduo.

#### 4. Conclusão

Informações são consideradas uma nova fonte de riqueza, por viabilizar a leitura dos gostos e predileções do sujeito, ao ponto de influenciar e até mesmo direcionar suas decisões, sobretudo de consumo. Ocorre que o consumidor, ontologicamente vulnerável, ao aderir à utilização de serviços de internet, automaticamente “cede” seus dados para a tecnologia e pouco se sabe como a manipulação digital funciona e, conseqüentemente, quais os perigos que o cidadão pode correr tendo os seus dados utilizados no ambiente virtual.

A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD), em seu art. 5º, II categoriza e tutela de forma diferenciada os dados pessoais sensíveis, qualificando, de maneira mais restrita, o consentimento do titular que deve ser caracterizado como uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Os dados biométricos são, portanto, dados sensíveis, tratados para a identificação de indivíduos de maneira rápida e confiável, através de uma técnica chamada de biometria, pela qual se estabelece a identidade de alguém, a partir do mapeamento e análise de seus atributos fisiológicos; como por exemplo: a impressão digital, o reconhecimento da íris, traços dos rostos das pessoas ou ainda pela mensuração de comportamentos pessoais tais como o modo de andar, de digitar e a própria voz.

Cumpra destacar que o mapeamento e a análise de atributos da estrutura física ou comportamental dos indivíduos são dados de caráter personalíssimo e devem ser protegidos de forma mais intensa. E, apesar da LGPD conferir certa proteção, entende-se necessária a aprovação de leis específicas no intuito de se regulamentar o tratamento dos dados biométricos, garantindo maior segurança jurídica às relações virtuais.

Nessa toada, é possível concluir que apesar da proteção já conferida pela Lei Geral de Proteção de Dados, é fundamental que o Legislador se debruce sobre as nuances e especificidades do Reconhecimento facial, indicando regras para captação, custódia e utilização desse dado, sem negligenciar o direito do Consumidor de ser adequadamente informado antes da cessão de seu consentimento.

#### 5. Referências

ALVES, Fabrício Germano; REVOREDO, Ana Beatriz Alves; SALES, Virna Maria de Oliveira. *Direito à informação, proteção de dados do consumidor e utilização de reconhecimento facial para a publicidade comportamental*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, vol. 94, n. 01, Anno CXXXI, 2022, pp 160-172. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/viewFile/251477/41098>. Acessado em 31 de agosto de 2022.

BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *LEI N° 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

COURI, Aline. *Pensar por dados*. In: JACQUES, P.B., and PEREIRA, M.S., comps. *Nebulosas do pensamento urbanístico: tomo I – modos de pensar* [online]. Salvador: EDUFBA, 2018, pp. 122-145. ISBN 978-85-232-2032-7. <https://doi.org/10.7476/9788523220327.0006>.

FACHIN, Luiz Edson. *Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica*. 2012. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz\\_Fachin.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html). Acessado em 31 de agosto de 2022.

LUGATI, L. N.; ALMEIDA, J. E. de. *Da evolução das legislações sobre proteção de dados: a necessidade de reavaliação do papel do consentimento como garantidor da autodeterminação informativa*. Revista de Direito, [S. l.], v. 12, n. 02, p. 01–33, 2020. DOI: 10.32361/2020120210597. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10597>. Acessado em 30 de out. de 2022.

MARTINS, Plínio Lacerda, MACHADO, André Roberto de Souza, LIMA, Marcos Cesar de Souza. *Privacidade: os dados pessoais na sociedade contemporânea. In Hermeneutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade*. PPGDIN – UFF. Niterói. 2020.

MARTINS, G. M.; FALEIROS JUNIOR, J. ; BASAN, Arthur . *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a pandemia do*

*COVID-19*. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v. 43, p. 232-255, 2021.

MARTINS, G. M.. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 1027, p. 203-243, 2021.

MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhães ; TOSTES, Eduardo Chow Martins. *Proteção dos dados pessoais no Brasil: a necessidade de especialização dos órgãos independentes de Defesa do Consumidor para uma atuação eficiente*. Revista de Direito do Consumidor, v. 134/2021, p. 137-173, 2021.

MARTINS, Plínio Lacerda; PAUSEIRO, S. G. . *Dados Pessoais e inteligência artificial*. 1. ed. Rio de Janeiro: IDPP, 2022. v. 1. 218p.

MARTINS, Plínio Lacerda; MONACO, R. O. . *Direito do consumidor na sociedade da informação*. 1. ed. São Paulo: Editora Foco, 2022. v. 1. 227p

MARTINS, L. L. M. ; MARTINS, Plínio Lacerda ; DUQUE, R. G. ; et al. *Comentando a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 1. ed. Rio de Janeiro: IDPP Do Brasil, 2021. v. 1. 125p.

MARTINS, Plínio Lacerda; BITENCOURT, A. M. C. L. ; FRESE, S. G. . *Como a LGPD pode resguardar os dados sensíveis tratados por inteligência artificial: um estudo sobre a ação dos programas de processamento de dados em massa (BIG DATA)*. In: Plínio Lacerda Martins, Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro. (Org.). *1ed*. Rio de Janeiro: IDPP, 2022, v. 1, p. 12-30.

MARTINS, Plínio Lacerda; RAMADA, P. C. P. ; KOWARSKY, C. M. B. B. C. *Aspectos práticos do direito Fundamental à proteção de dados pessoais no Sistema Jurídico*

Brasileiro. In: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. (Org.). Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades. 1ª ed. Ponta Grossa: ATENA, 2021, v. 1, p. 90-99.

MARTINS, G. M.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. . Portabilidade de dados pessoais recrudescimento do controle do titular de dados nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 135, p. 203-227, 2021.

PAIVA, Marcella da Costa Moreira; RAMADA, Paula Cristiane Pinto e PIRES, Telson. *Sociedade da informação e vigilância. In: Proteção de Dados. Estudos do Grupo de Proteção de Dados Pessoais – UFF*. IDPP: Rio de Janeiro, 2021, p.81-98.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>.

Acessado em 31 de agosto de 2022.

SCHEREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 206.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; FERNANDES, Elora Raad. Reconhecimento facial: laissez-faire, regular ou banir? *Migalhas*, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/330766/reconhecimento-facial-laissez-faire-regular-ou-banir>. Acesso em: 29 out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *O consentimento na circulação de dados pessoais*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521/389>. Acesso em: 30 out. 2022.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em 30 de out. de 2022.

## DO MERCADO AO CONSUMIDOR: UM ESTUDO À LUZ DO DIREITO E ECONOMIA

Rafael de Oliveira Monaco

Doutorando em Direito, Instituições e Negócios pela UFF. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM. Presidente do Fórum Permanente de Direito e Economia da EMERJ. Professor de Direito Empresarial da EMERJ e FGV-Rio. Professor de

### INTRODUÇÃO

Nossas vidas são marcadas por um incessante ciclo de trocas econômicas. Um contínuo fluxo de transações visando a satisfação das mais variadas necessidades pessoais. Viver, portanto, é consumir.

É em razão dessa constância que o direito do consumidor assume uma função relevante no sistema jurídico moderno. Ele constitui a estrela de primeira grandeza<sup>454</sup> a iluminar o horizonte de inúmeras relações jurídicas, seja por sua finalidade, seja pela amplitude de sua regência. Afinal, tudo é consumo e todos somos consumidores.

Por isso, o consumo nosso de cada dia requer uma atenção

<sup>454</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.

especial. É um fenômeno que pode ser analisado sob diversas perspectivas. Nesse ponto, são tradicionais as abordagens histórica, sociológica, política e jurídica. Não o é, contudo, a econômica.

Não se quer com isso aplaudir o mercado em desprestígio às conquistas consumeristas até então obtidas. Nada mais equivocado. Consumidores e fornecedores são elos de uma mesma corrente, peças integrantes de uma mesma engrenagem, pelo que é preciso romper com preconceitos<sup>455</sup> estereis e vencer as infundadas resistências<sup>456</sup>.

É um engano pensar que o método econômico se resume às questões financeiras relegando o consumidor a um segundo plano. A moderna Economia se debruça sobre o comportamento humano não mercadológico, no processo de tomada de decisões, cujas escolhas são direcionadas através dos incentivos existentes, em

<sup>455</sup> “Para uma parte ainda significativa dos consumeristas brasileiros, defender a aplicação de instrumentais da Economia ao direito do consumidor importaria em desvirtuar seus nobres propósitos, em nome de uma abordagem pró-empresa, inadequadamente alinhada a uma perspectiva americana, anarcocapitalista e/ou preocupada “apenas com dinheiro”. OLIVEIRA, Amanda Flávio; ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. *Direito do consumidor e análise econômica do direito. Revista de direito do consumidor*, v. 29, n. 132, p. 309-330, nov./dez. 2020.

<sup>456</sup> Segundo Amanda Oliveira Flávio: “(...) é comum verificar as alegações de que a *Law & Economics* seria necessariamente contaminada por uma ideologia de livre mercado em seu aspecto mais radical, assim como que ela importaria uma submissão do Direito à Economia, à Matemática ou à Estatística, com prejuízo da dogmática e dos valores resguardados na lei”. OLIVEIRA, Amanda Flávio. *Law & Economics e Direito do Consumidor não são disciplinas incompatíveis. CONJUR*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/garantias-consumo-law-economics-direito-consumidor-nao-sao-incompativeis>> Acesso em 16 de out. 2022.

um mundo em que os recursos são escassos e as necessidades pessoais ilimitadas.

Com esse enfoque, é chegada a hora de uma visão aproximativa deste ramo do direito às premissas econômicas. Uma compreensão que descortine os meandros de racionalidade que anima a norma jurídica; que descreva os seus efeitos e que prescreva os meios mais eficientes de atingir aos objetivos previstos pela legislação. Logo, mais do que confronto, a ideia é de cooperação entre estas duas ciências sociais. Inexiste, pois, incompatibilidade entre o direito do consumidor e a economia. O mercado e o consumidor são faces da mesma moeda. Assim, o uso do instrumental econômico, ao invés de puir os direitos já consagrados para esta categoria, busca, em verdade, otimizar os recursos dispostos a esta modalidade de tutela.

A leitura dos direitos do consumidor à luz da análise econômica não procura tencionar ainda mais o cabo de guerra ou forçar uma queda de braço entre os agentes econômicos. O objetivo é analisar se os incentivos trazidos na lei n.º 8.078/90 direcionam, de modo eficaz, a atuação das partes, no mercado de consumo, de modo a atender o escopo de equilíbrio das relações no mercado de consumo com a proteção do vulnerável, sem que se perca o norte do desenvolvimento e do bem-estar social.

## UMA ECONOMIA DE MERCADO

A Constituição da República de 1988 (CR/88) acolheu como um de seus objetivos fundamentais o desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, nos termos do art. 3º, II e IV da CR/88. Para tanto, plasmou uma ordem econômica, consoante a orientação do art. 170, constitucionalizando o modelo de produção capitalista, através de um binômio calcado na livre iniciativa e na garantia de propriedade. Assegurou, ainda, a existência dos mercados, como um espaço promocional para a concretização de finalidades institucionais, conforme a regra traçada no art. 219<sup>457</sup>.

Nesse sentido, a composição desta “Constituição Econômica” passou a ser formatada por uma trilogia estrutural sedimentada nas figuras do Estado, dos agentes econômicos e dos mercados. O primeiro a conferir legitimidade ao modelo de produção; o segundo a representar os participantes que realizam as trocas econômicas; o terceiro entendido como um espaço<sup>458</sup>

<sup>457</sup> Segundo José Afonso da Silva existe um erro topográfico de inclusão do art. 219 na parte relativa à ciência e tecnologia. O dispositivo estaria melhor enquadrado no capítulo referente à ordem econômica, dado [...] a “intervenção no domínio econômico encontra importante fundamento para o controle do mercado interno”. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 844.

<sup>458</sup> “Mercado” é qualquer situação em que pessoas que têm bens ou serviços para oferecer procuram apresentar-se frente a pessoas interessadas em obtê-los, ou, ainda, aquela em que muitos compradores potenciais buscam se apresentar frente à pessoa ou às pessoas que tenham bens ou serviços a oferecer, podendo, portanto, os dois fenômenos ocorrer simultaneamente”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 91.

destinado às transações sobre bens e serviços, de maneira a facilitar a operabilidade negocial.

Ao Estado é reservada a função de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, nos termos do art. 174 da CR/88. Não é o responsável direto pelas trocas em si consideradas. Essa tarefa cabe, prioritariamente, aos agentes, em sua liberdade de ação no âmbito privado. Daí se falar que a Constituição consagrou uma economia descentralizada, participativa ou de mercado. Os mercados constituem o *locus* das transações, o lugar de destino da riqueza<sup>459</sup>. É uma instituição econômica derivada de uma opção política, dentro de um contexto social e normativo. Configura a face operacional do capitalismo em suas múltiplas dimensões<sup>460</sup> e sobre os mais variados objetos de interesse.

Sob o aspecto político, o mercado é uma escolha ideológica quanto à forma da organização produtiva na sociedade, legitimado, democraticamente, pela possibilidade de entrada de qualquer interessado, em nome dos princípios da liberdade e da igualdade.

Pela ótica da economia, o mercado é um acontecimento natural oriundo da lei da oferta e da demanda; um mecanismo de

<sup>459</sup> SERRANO, Pablo Jimenez. **Direito e Economia: diálogos entre economia política e sistemas de direito**. Rio de Janeiro: Jurimestre, 2019, p. 151.

<sup>460</sup> FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**, 4ª. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 137.

interação entre agentes coordenado por um sistema de preços. Em outras palavras, um conjunto de vendedores e compradores interessados no intercâmbio de bens e serviços, cuja sinalização é permeada pela atribuição de um valor ao objeto de consumo. Por ele se almeja facilitar as trocas direcionando o sentido da produção.

Tecnicamente, corresponde a um meio de alocação dos recursos disponíveis na sociedade, em seu uso mais eficiente, possibilitando a redução dos custos de transação<sup>461</sup> com ganhos reais para todos os participantes<sup>462</sup>.

O mercado, contudo, não tem uma existência etérea ou abstrata. Ele é um fato social<sup>463</sup> que congrega interesses subjetivos de uma dupla natureza. Além de espelhar resultados ótimos de caráter privado, o mercado deve atender a uma função social. Isto é, seu funcionamento deve se pautar por balizas. Tais limites

<sup>461</sup> COASE, Ronald. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 8 e 35.

<sup>462</sup> Pode se dizer que o mercado é um jogo de soma positiva, onde os ganhos não são planejados por ninguém. Eles se perfazem no mercado, de modo que cada participante, ofertante tanto quanto comprador busca seu interesse na troca. Quanto mais ofertantes e adquirentes se encontrarem num mercado, ou numa feira, mais importantes serão os ganhos. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *op. cit.*, p. 93.

<sup>463</sup> TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental a livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira.

**Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 107-124, jun./2007, p. 108.

representam as “regras do jogo”<sup>464</sup>. Por eles, os jogadores podem, legitimamente, realizar suas jogadas, cientes de que se pode fazer ou comprar<sup>465</sup>. No mercado se pode muito, mas não se pode tudo<sup>466</sup>.

No entanto, é na dimensão jurídica que todas as demais se reúnem e nela encontram o seu denominador comum. Juridicamente, o mercado se caracteriza por um feixe de relações contratuais, organizado por um arranjo normativo, em um determinado ambiente institucional. Não existe mercado sem o Direito. Os perfis político, econômico e social são desenhados

<sup>464</sup> As instituições, na clássica definição de Douglas North, funcionam como as regras do jogo, ou seja, representam os limites formais e informais estabelecidos para disciplinar as interações humanas estruturando incentivos de natureza política, social e econômica. Com elas, é permitido aos agentes a tomada de decisões, a partir prévia definição de direitos e obrigações. As trocas passam a ser realizadas com estabilidade e calculabilidade reduzindo as incertezas, de modo a fortalecer a expansão do mercado com a maximização da riqueza e geração de bem-estarsocial. NORTH, Douglas C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Trad. Elizabeth Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006, p. 13.

<sup>465</sup> “A era do triunfalismo de mercado chegou ao fim. A crise financeira não serviu apenas para pôr em dúvida a capacidade dos mercados de gerir os riscos com eficiência. Generalizou também a impressão de que os mercados desvincularam-se da moral e de que de alguma forma precisamos restabelecer esse vínculo”. SANDEL, Michel J. **O que o dinheiro não compra: os limites do mercado**. Tradução de Clóvis Marques – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 12.

<sup>466</sup> Por isso sob aspecto jurídico, tendo em conta questões éticas e morais, decorrentes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), no Estado Brasileiro, não se pode usar os direitos de propriedade (recursos alocáveis), ainda que possua a aquiescência da parte interessada (maximização do interesse pessoal), para a transação de bens escassos, *v.g.*, como a compra de órgãos para transplante (art. 1º c/c o art. 9º da lei 9434/97), para a cobrança na doação de sangue (art. 1º da lei 10.205/2001), para comercialização da locação uterina (item “2” do inciso VII da Res. CFM n.º 2.294/2021), para o comércio de bebês (art. 149-A, VI e art. 242, ambos do Código Penal), ou mesmo para usar a propriedade para fins considerados ilícitos, como o cultivo de plantas entorpecentes (art. 2º da e lei 11.343/06).

através de normas jurídicas que lhe dão suporte e racionalidade. O Estado, em sua configuração atual, modela o mercado e ajusta o comportamento dos *players* a um dever-ser. Além de albergar os interesses econômicos das partes, também afeta a técnica produtiva ao cumprimento de objetivos constitucionalmente definidos. É em virtude dessa dimensão poliédrica do mercado que o Estado impõe uma ordem na economia. Por isso a Constituição positivou uma Ordem Econômica. Nela o mercado e os consumidores se encontram inseridos.

#### - A proteção do consumidor como uma necessidade jurídica e econômica

Na constelação econômica, o mercado de consumo, em suas mais variadas facetas, assume um papel de centralidade e elemento catalizador para aquisição de bens e o gozo de serviços. Sua presença é positiva e sua ação é concreta na vida dos consumidores. À semelhança de um grande satélite gravitam ao seu redor uma gama de interesses constitucionalmente relevantes, dentre eles, a proteção do consumidor, na dicção do art. 170, V, da CR/88.

Em termos constitucionais, trata-se da única categoria econômica elevada à condição de direito fundamental, conforme a

previsão contida no art. 5º, XXXII, sendo classificado como um direito coletivo de terceira geração<sup>467</sup>. Um direito humano positivado<sup>468</sup>. O mote é a tutela do consumidor, enquanto pessoa<sup>469</sup>, individualmente considerada, bem como ao grupo do qual pertence, nos diversos segmentos do mercado de consumo. A finalidade constitucional é ampliar o raio de proteção, dada as transformações sociais que ocasionaram a migração de uma tutela individualista para o fenômeno do *grupalismo*<sup>470</sup> em que os consumidores se encontram<sup>471</sup>. Dentro de uma Constituição programática, essa proteção se traduz em um direito subjetivo público de exigir que o Estado implemente políticas públicas, em sede legislativa, administrativa e jurisdicional, voltadas à concretização de uma tutela efetiva e adequada destinada aos

<sup>467</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

<sup>468</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

<sup>469</sup> “A defesa do consumidor é direito fundamental, porque o indivíduo – como unidade mínima de humanidade – não pode ser visto como um número, ou na visão repudiada de Schumpeter, como integrante de uma multidão sem rosto, mas porque no regime liberal, é o fundamento da organização social, sujeito e não objeto de sua história”. SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2009.

<sup>470</sup> CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 134.

<sup>471</sup> Esse é o motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor ter estabelecido uma tutela transindividual, coletiva e individual homogênea, nos termos do art. 81 da lei 8078/90.

consumidores. É, pois, um compromisso Estatal vinculante aos decisores políticos (*policy makers*) de não negligenciar essa tarefa<sup>472</sup>. Um princípio de proteção governamental<sup>473</sup> a demonstrar que o consumidor não pode ser deixado sozinho no mercado.

Em que pese toda essa consideração, é de se ter em mente que a Constituição não inaugura um movimento paternalista em prol do consumidor, à moda Robin Hood, como uma forma redistributiva da riqueza e a ponto de gerar uma visão maniqueísta do mercado, onde “o empresário é sempre o vilão e mal-intencionado e o consumidor sua inocente vítima<sup>474</sup>”.

O ideal constitucional não é o de hierarquia das posições,

<sup>472</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 6ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 247.

<sup>473</sup> Por isso que o CDC positiva um capítulo destinado à realização de uma Política Nacional de Relações de Consumo, estabelecendo no art. 4º, II, o princípio da proteção governamental a exigir a atuação direta no Estado, o incentivo da criação de associação de proteção de interesses, a garantia de exigência de um padrão de qualidade de produtos e serviços, com o fomento à informação e educação dos consumidores. Por sua vez, o art. 5º instrumentaliza tais ações, através do fomento de uma assistência judiciária gratuita, Promotorias, delegacias e Juizados especializados, criação de Procons, bem como a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos.

<sup>474</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TIUJO, Edson Mitsuo. Harmonização e compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa: releitura dos direitos básicos do consumidor a partir da análise econômica do direito. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; LISBOA, Roberto Senise (Coords.), **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** – [Recurso eletrônico on-line] - Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 5-25, p. 10. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/j0962xm7/grp25jh1vYjLbd1m.pdf>> Acesso em: 19 out. 2022.

mas de estabelecer uma “paridade valorativa<sup>475</sup>” entre princípios constitucionais que estão situados em igual patamar<sup>476</sup>. Se proteção do consumidor é um direito fundamental, o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência igualmente o são. A questão, portanto, passa por uma calibração de valores, umaponderação de interesses, de maneira que o amparo de um não aniquile a presença do outro.

Por um lado, em nome da liberdade de iniciativa, o Estado deve incentivar os particulares ao exercício da atividade econômica concebendo instrumentos economicamente atrativos e juridicamente providentes, em sua função complementar<sup>477</sup> ao mercado, facilitando o processo de produção e de circulação da riqueza, como é o caso da garantia dos direitos de propriedade, da liberdade dos contratos e dos arranjos societários. Lado outro, a normatividade Estatal funciona como um freio regulatório, em sua

<sup>475</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Empresário e os direitos do consumidor: calculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24.

<sup>476</sup> Não se pode perder de vista que a livre iniciativa é fundamento da República (art. 1º, IV da CR/88) e princípio orientador da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CR/88) retratado na lei 13874/19. É, pois, tal qual a defesa do consumidor, um direito fundamental de primeira geração.

<sup>477</sup> “Para complementar o mercado, o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições no direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem, porém, conturbar a dinâmica do processo de acumulação”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015, p.18.

função compensatória<sup>478</sup>, com a implementação de políticas que corrijam as distorções geradas pela concentração do poder econômico. É exatamente o que ocorre com o direito do consumidor.

Nesta última vertente, o Estado assume o papel de fiel da balança. Surge a intervenção do Estado, a fim de que os desajustes sejam superados sem prejuízo à continuidade das trocas, através de um completo sistema de garantias<sup>479</sup>. Nele, a livre iniciativa garante o acesso de todos os interessados à participação nos mercados; a concorrência garante uma justa competição e uma liberdade de escolha aos consumidores; o direito de propriedade garante o objeto das trocas e a defesa do consumidor garante a proteção do sujeito economicamente mais fraco.

Essa concepção, todavia, é estranha à teoria econômica clássica<sup>480</sup>, própria do liberalismo oitocentista, diante conhecida

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 18-19.

<sup>479</sup> FORGIONI, Paula A., *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>480</sup> “Com os representantes da escola clássica, a economia adquiriu caráter científico integral quando passou a centralizar a abordagem teórica na questão do valor, cuja única fonte original era identificada no trabalho em geral. Além da teoria do valor-trabalho, do uso do método dedutivo, do materialismo e da preocupação em simplificar e generalizar as proposições econômicas e de uma visão de conjunto da evolução econômica a escola clássica baseou-se nos preceitos filosóficos do liberalismo e do individualismo e firmou os princípios da livre-concorrência, que exerceram decisiva influência no pensamento revolucionário burguês. A escola clássica também é caracterizada por enfatizar a produção, relegando a segundo plano o consumo e a procura”. SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 212.

máxima do *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*<sup>481</sup>. Acreditava-se, pois, que esse movimento libertário do deixe fazer (produção), deixe passar (circulação), que o mundo (mercado) caminha por si mesmo, seria plenamente favorável ao consumidor, uma vez conduzido pela “mão invisível do mercado”.

Não havia motivo, portanto, para uma política Estatal protetiva ao consumidor. A ideia era de que sendo as partes livres e iguais não caberia ao Estado intervir nas relações particulares. Cada um saberia o que é melhor para si<sup>482</sup> e o mercado se encarregaria de otimizar essas utilidades no tradicional ditado de quem diz contratual diz justo.

Ao consumidor se atribuía o mito de soberania<sup>483</sup>, ou seja,

<sup>481</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 6, n. 14, p. 81-105, 1976, p. 81.

<sup>482</sup> Dada a premissa econômica clássica de que os agentes são racionais (*homo economicus*), cada qual perseguirá os seus próprios interesses tentando extrair o máximo de benefícios da relação contratual de modo a satisfazer as suas preferências pessoais. A empresa buscará maximizar seus lucros e o consumidor buscará a satisfazer os seus desejos de consumo. Como já prenunciava Adam Smith: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses”.

<sup>483</sup> “Dessa maneira, o consumidor funcionaria como um verdadeiro controle para o bom funcionamento do mercado, de forma a restringir os incentivos para que as empresas abusem de seu poder, pois o preço a pagar seria a própria perda do consumidor, o que não seria racional para os agentes econômicos”. FRAZÃO, Ana. **O mito da soberaniado consumidor. É legítimo esperar que soluções de mercado projetam o consumidor?** JOTA. 2021. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-mito-da-soberania-do-consumidor-01122021>> Acesso em: 19 out. 2022.

um poderio capaz de ditar as regras do mercado de acordo com os seus próprios interesses. Em resposta ao abuso de um determinado fornecedor bastaria que os consumidores desviassem a demanda para outros ofertantes fazendo com que a queda de faturamento, pelo deslocamento da receita do consumo, equivalesse a um “preço” muito alto a ser “pago” corrigindo, de tal modo, o comportamento empresarial. Isto é, os próprios consumidores exerceriam o controle real dos incentivos e das preferências dos fornecedores. O consumidor era idealizado sob a fantasia de um soberano<sup>484</sup>.

No entanto, não é essa a visão que predomina, atualmente, na Economia e no Direito. Existe uma razão para tanto. Ultrapassada a fase artesanal, a partir da revolução industrial, a produção passou a ser feita em escala. O mecanicismo produtivo, a massificação da produção e a celeridade das operações impôs uma economia despersonalizada perdendo o consumidor sua condição

<sup>484</sup> “A economia criou também a figura ilusória de que este ser livre e racional, que seria o consumidor, ao realizar seus desejos no mercado, seria ele, o consumidor, o “rei” do mercado, aquele cuja vontade decidiria soberanamente a compra ou a recusa de compra de um produto. [...]. No Brasil, a tendência é também radicalizar essa visão econômica do homem, como sujeito de mercado livre, sem sequer considerar o *marketing*, os efeitos da publicidade e da moda, dos métodos agressivos e sentimentais de comercialização e de contratação e, chega-se mesmo a usar ainda esta expressão, que não deixa de ser uma falácia, de “rei” do mercado para os consumidores”. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

individual de barganha. De “rei” da economia passou a ser tratado como um “servo”, um destinatário sem rosto para o escoamento da produção, diluído no grande mar do mercado de consumo, como um fenômeno contemporâneo da despersonalização das relações.

Operou-se uma inversão dos polos. O mercado deixou de ter como foco o atendimento das pessoas e passou a se concentrar nos resultados econômicos da própria empresa<sup>485</sup>. Os contratantes passaram a ser vítimas de suas necessidades naturais e das artificialmente criadas, estas através do discurso hedonista de satisfação dos desejos. O consumidor foi transformado na própria mercadoria<sup>486</sup>, cujo disfarce repousa na lógica econômica da sociedade de consumo. Verificada, portanto, a posição de inferioridade do consumidor, no mercado de consumo, entre

<sup>485</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. São Paulo. Método. 2011, p. 173.

<sup>486</sup> Como explica Bauman: “Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade. Tornar-se e continuar sendo uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupação do consumidor, mesmo que em geral latente e quase nunca consciente. É por seu poder de aumentar o preço de mercado do consumidor que se costuma avaliar a atratividade dos bens de consumo — os atuais ou potenciais objetos de desejo dos consumidores que desencadeiam as ações de consumo”. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. P. 76.

em cena o dirigismo social do Estado, à moda Lacordarie<sup>487</sup>, posto que numa sociedade entre fortes e fracos, a liberdade escraviza, mas a lei liberta. O direito do consumidor passa a ser encarado, nesse passo, como um movimento de contenção e de reação ao capitalismo liberal.

A libertação do consumidor, isto é, este antropocentrismo contratual<sup>488</sup>, decorre, pois, do reconhecimento de sua vulnerabilidade (art. 4º, IV do CDC), como uma condição inata ou intrínseca de uma desigualdade de posições e forças no mercado. Essa hipossuficiência guindada à cláusula pétrea se traduz, juridicamente, como uma especialização constitucional do princípio da igualdade, tal qual previsão contida no *caput* do art. 5º da Carta Magna. No entanto, a Constituição, a despeito de enunciar que todos são iguais perante a lei, reconhece que existe uma desigualdade nas relações de consumo. Se coloca em posição de subordinação à mercê dos fornecedores, não obstante a disponibilidade de um poder de compra.

A proteção do consumidor avulta, assim, como uma ação

<sup>487</sup> Disponível em <[https://pt.wikiquote.org/wiki/Henri\\_Dominique\\_Lacordaire](https://pt.wikiquote.org/wiki/Henri_Dominique_Lacordaire)> Acesso em 19 de nov. 2022.

<sup>488</sup> CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2ª Ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 16.

afirmativa do Estado, uma discriminação<sup>489</sup> positiva<sup>490</sup> baseada numa situação fática, que encontra fundamento de validade na isonomia material, forte na dialética: mercado x consumidor. O objetivo é fortalecer, juridicamente, aquele é que mais frágil economicamente. Tratar, portanto, desigualmente os desiguais aplainando-se as arestas entre classes situadas em pontas opostas.

Com efeito, sob o aspecto econômico a proteção do consumidor também se justifica. Sem consumidor não há mercado. Sem mercado não há produção. São os consumidores que fazem o mercado funcionar e a economia girar. Defender o consumidor representa então, ao fim e ao cabo, proteger o próprio mercado de consumo assegurando a manutenção das trocas econômicas com incremento do volume de negócios em benefício de todos.

A intervenção do Estado, a partir do Código de Defesa do Consumidor, ladeado de outros regramentos normativos intersetoriais, a exemplo do mercado de saúde, seguros, crédito e

<sup>489</sup> Conforme explica Fabio Ulhoa Coelho: “Em suma, se funcionalmente, as normas jurídicas sempre discriminam pessoas, fatos ou situações, deve-se delimitar um critério para distinguir as discriminações compatíveis com o princípio da igualdade das que o ofendem”. O autor propõe o seguinte padrão: “em primeiro lugar, a discriminação legal deve referir-se a um fator residente na pessoa, fato ou situação objeto da norma; em segundo lugar, é imprescindível que exista uma relação lógica entre o fator diferencial existente na pessoa, fato ou situação e a discriminação operada pela norma; em terceiro lugar, esse vínculo de correlação deve ser compatível com os valores incorporados pela constituição”. COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito e poder**: ensaio de epistemologia jurídica. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 100-101.

<sup>490</sup> MARQUES, Claudia Lima, *Op. Cit.*, p. 375.

imobiliário, passe o truísmo, a pretexto de defender o consumidor, é um imperativo econômico a favor do próprio mercado.

### III. As falhas de mercado e os direitos do consumidor

O mercado, pela teoria econômica neoclássica<sup>491</sup>, sempre foi considerado um excelente mecanismo<sup>492</sup> na alocação de recursos amparado pela lei da oferta e da demanda, onde cada participante racional maximizaria o seu próprio interesse até alcançar um ponto de equilíbrio entre a produção e o consumo.

<sup>491</sup> “Enquanto recurso teórico, o mercado neoclássico garante as condições necessárias à maximização dos agentes individuais – consumidor e firma como categorias isomorfas de análise –, o que tem por decorrência a maximização também no agregado, obtendo-se desse modo o equilíbrio de mercado. Esse equilíbrio é possível, para os neoclássicos, porque a onisciência dos agentes econômicos é viabilizada pela perfeição e simetria das informações, suposições do modelo de concorrência perfeita”. HOFMANN, Ruth M.; PELAEZ, Victor. **A racionalidade na teoria econômica: entre individualismo metodológico e estruturalismo**. In: Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia. 2008. Disponível em <<https://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807020859020-.pdf>> Acesso em 19 de nov. 2022, p. 16.

<sup>492</sup> (...) É a lógica de funcionamento que é peculiar aos mercados e, por conseguinte, ao sistema de mercado, na qual os indivíduos avaliam os interesses (ou recursos) de que dispõem e aqueles que pretendem adquirir, realizando intercâmbios quando perceberem vantagens em trocar aquilo que titulam ou possuem por aquilo que é titulado ou possuído pela contraparte, a fim de galgarem níveis mais elevados de satisfação, isto é, quando as taxas marginais de substituição dos indivíduos contratantes forem diferentes, havendo, portanto, obtenção de vantagens mútuas com a troca”. (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Análise econômica do direito dos contratos. Uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado**. PR: Thoht, 2021, p. 47).

Segundo um modelo estático, se supunha um mercado de concorrência perfeita e de escolhas informadas entre os agentes econômicos, sendo coordenado, exclusivamente, por um sistema de preços, capaz de sinalizar a todos para a tomada de decisões livres e conscientes, o que conduziria a níveis ótimos de eficiência. Nenhuma irregularidade, pois, era considerada.

Entretanto, a visão econômica moderna, tendo como marco teórico o novo institucionalismo, reconhece que a vida real é dinâmica e que as relações entre os agentes possuem variados atritos ou fricções, pelo que o mercado não se perfaz de modo perfeito e equilibrado. Ele se torna autodestrutivo. Ora concentra as estruturas econômicas com aumento arbitrário dos preços e limitação das ofertas aos utentes; ora com a exclusão de uma gama de agentes do mercado; ora sonogando informações quanto aos riscos dos produtos e serviços, o que compromete a saúde e a segurança dos consumidores; e, ora gerando prejuízos à própria sociedade com a distribuição de danos coletivos. É uma falácia, portanto, pensar que o mercado atue com primor. Existem falhas ou imperfeições que acarretam um desequilíbrio, ou seja, conduzem a uma alocação ineficiente de recursos pela dissonância extremada entre o interesse particular e o social<sup>493</sup>.

Com efeito, essas falhas de mercado podem ser

<sup>493</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 1ª ed. SP: Atlas, 2022, p. 67.

conceituadas, nas palavras de Juarez Freitas, Manoel Trindade e Antônio Volkweiss, como:

“àquelas situações, subjetivas e objetivas, nas quais a alocação de bens e serviços pelo sistema de mercado não se revela economicamente eficiente, tampouco capaz de promover o bem-estar socioambiental. Em outras palavras, as falhas de mercado são aqui entendidas como situações disfuncionais em que a busca exclusiva da maximização do interesse individual conduz a resultados insustentáveis. Ainda: as falhas de mercado são vistas como situações patológicas em que o custo marginal social se mostra maior que os benefícios marginais obtidos por intermédio de contratos (públicos e privados), impedindo que o mercado alcance benefícios líquidos (econômicos, sociais e ambientais), em suas transações”<sup>494</sup>.

Essa crise do mercado revela uma patologia da qual a “mão invisível” não consegue, por si só, debelar. É nesse contexto,

<sup>494</sup> FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, Antônio Carlos Machado. Direito da regulação: falhas de mercado. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, p. 133-153, jan./fev. 2016, p. 135-136.

que se justifica a intervenção do Estado, pela viaregulatória<sup>495</sup>, de maneira que mercado não seja abandonado à própria sorte com efeitos deletérios para todos. É preciso, portanto, que o Estado corrija as falhas do mercado para o alinhamento das operações aos ditames da ordem econômica com a maximização do bem-estar social<sup>496</sup>.

O fundamento jurídico constitucional que legitima essa atuação direta do Estado, no domínio econômico, repousa no princípio de justiça social, como previsto no *caput* do art. 170 da CR/88. Através do ideal da solidarização, se permite ao Estado emendar ou retificar as disfuncionalidades da atividade econômica em “solicitude pelos mais desfavorecidos, pelos mais explorados e pelos excluídos no jogo da economia<sup>497</sup>”.

Com este panorama, da autorregulação o mercado passa a sofrer uma heterorregulação. A adoção de normas de incentivos a

<sup>495</sup> “A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37

<sup>496</sup> CAMPOS, Humberto Alves. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 281-303, jul./dez. 2008, p. 285.

<sup>497</sup> ARAÚJO, Fernando. **Economia: conceitos introdutórios para juristas**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2022, 95-96.

comportamento socialmente benéficos e a imposição de normas restritivas a comportamentos socialmente destrutivos se fazem necessárias como controle da atividade econômica privada. O mercado se transforma em um ambiente controlado, isto é, regulado, pela ação Estatal, de modo a minorar os desajustes que o egocentrismo do interesse privado pode ocasionar, sem deixar, contudo, de viabilizá-lo<sup>498</sup>.

É o que ocorre, tipicamente, com o mercado de consumo. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, nos termos do art. 4º, do CDC, ao estabelecer uma presunção de fragilidade, implica, por via transversa, em reconhecer ao fornecedor, de maneira implícita, uma posição de superioridade. A relação econômica para a ser verticalizada e potencialmente lesiva ao primeiro pela desigualdade de forças, carecendo, pois, conforme previsão contida no art. 5º, XXXII da CR/88, do desenho de políticas públicas tendentes à correção<sup>499</sup> das seguintes

<sup>498</sup> NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**, 10ª. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 140-141.

<sup>499</sup> (...) “incumbirá ao legislador, pois, a confecção de normas corretivas, ou seja, de normas que, lastreadas nas regras reais do jogo econômico e no comportamento esperado dos agentes, atuem para sanar e corrigir as falhas do mercado. É nesse sentido que deverá caminhar toda interpretação realizada pelo jurista”. SCOTON, Luís Eduardo Brito. Análise econômica do Direito do Consumidor: O Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da IV Congresso Anual da Associação Mineira de Direito e Economia**. Disponível em < <https://dadospdf.com/download/analise-economica-do-direito-do-consumidor-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-como-norma-corretiva-no-ordenamento-juridico-brasileiro> >

deformidades do mercado.

### Falha de estrutura

A primeira imperfeição do mercado diz respeito à deficiência de concentração. Trata-se de uma falha de estrutura. O mercado para bem funcionar deve ser atomizado<sup>500</sup>, isto é, obrar sob o signo de concorrência, sendo composto por grande número de agentes econômicos em dispersão – vendedores e compradores – que possam produzir, disputar o espaço, o preço e os clientes em condições de equivalência e compartilhamento. Em uma expressão: o mercado não pode ter um “dono”. Ocorre que, por uma exacerbação do auto interesse lucrativo, o poder econômico tende a se concentrar em núcleo molecular e se degenerar em abuso de poder.

Nos casos típicos de Monopólio, a posição de predominância de um fornecedor acaba por corromper o mercado. O abuso do poder dominante cria barreiras à entrada de novos participantes<sup>501</sup>, restringe deliberadamente a produção dos bens

[5a4c80ceb7d7bcab6714eb7d\\_pdf>acesso](#) em: 19 out. 2022.

<sup>500</sup> NUSDEO, Fabio. *Op. Cit.*, p. 125-126.

<sup>501</sup> Tais considerações não se aplicam, em regra, aos casos de monopólio decorrentes da delegação ao setor privado para a exploração de serviços públicos (água, energia elétrica, transportes, etc.), conforme o art. 175 da CR/88. Nestes casos, em razão de vultosos recursos investidos para o desempenho do objeto adjudicado, o poder concedente assegura um lapso temporal para o retorno do capital, como forma de

(escassez artificial), de modo a aumentar a procura com a elevação dos preços, impõe práticas nefastas, como vendas casadas e cláusulas abusivas, e impede uma livre escolha pelos consumidores.

Juridicamente, essa falha é correlata à ideia de vulnerabilidade fática, dado que o consumidor não contrata simplesmente porque quer, mas porque realmente precisa. Logo, as situações de monopólio ou exclusividade da produção de certos bens ou serviços colocam o comprador em desvantagem socioeconômica. Deixam o consumidor refém ou em uma posição cativa de suas próprias necessidades pessoais.

De outra banda, a ineficiência econômica pela não diluição do mercado promove a distorção dos preços praticados com uma captura de renda dos consumidores<sup>502</sup>. Há perdas de competitividade, investimentos, inovação, melhoria da qualidade dos produtos e serviços com a diminuição dos preços. A concentração de mercado aumenta o custo social e enseja um

incentivo e eficiência da realização descentralizada da atividade originalmente pública.

<sup>502</sup> (...) “em mercados cartelizados, clientes pagam sobre-preço da 20 a 30%. Essa situação implica transferência de renda dos consumidores produtores e, ainda, impede o acesso de outros clientes e fornecedores. Tendo em vista a escassez de recursos que está na base da economia, parece que a sociedade deva se organizar para reprimir (juridicamente) situações que artificialmente restrinjam a oferta e levem a aumentos de preços”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, p. 177-200. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello (coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p.1

desequilíbrio pela prioridade do interesse empresarial em incrementar seus lucros em detrimento do bem-estar da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, a defesa da concorrência e a proteção do consumidor, ambas de matriz constitucional, no art. 170, IV e V da CR/88, são lados da mesma medalha. Ademais, é clara a determinação contida no art. 173, §4º, de que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim proteger um ambiente sadio de trocas é beneficiar indiretamente o consumidor.

O direito da concorrência, como instrumento corretivo do Estado, no tocante às falhas de estrutura tem por missão, nas palavras de Patrícia Sampaio<sup>503</sup>: “garantir o processo econômico de escolha no mercado, ao proporcionar a difusão do conhecimento que decorre da diluição dos centros de poder. Trata-se de princípio instrumental à concretização dos objetivos constitucionalmente relacionados à democracia econômica”.

Nesse aspecto, não é o CDC que tem a precípua função de tutelar a concorrência. A matéria é densificada na lei n.º 12.259/2011, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada, entre outros, pela defesa dos

<sup>503</sup> *Ibid.*, p. 180.

consumidores e pela repressão ao abuso do poder econômico<sup>504</sup>.

### Falha de transparência

Um mercado eficiente pressupõe que as partes estejam plenamente informadas sobre os parceiros comerciais, o objeto de consumo, o preço, as condições e os riscos do negócio. Diante de todas as variáveis dispostas “em mesa” as partes irão ponderar, em análise de custo-benefício, a fim de atingir um ponto ótimo de satisfação de suas preferências pessoais na troca. A sonegação de informações, entretanto, é uma mácula negocial, porque embaça a racionalidade econômica dos sujeitos<sup>505</sup>. A assimetria de

<sup>504</sup> O art. 36 da lei 12.259/2011 elenca um grande rol de infrações à ordem econômica, como por exemplo, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros, exercer de forma abusiva posição dominante. Além de combinar preço, dividir segmentos, impedir a entrada de novos concorrentes, praticar valores abaixo do preço de custo, bem como abusar de direitos de propriedade industrial.

<sup>505</sup> “O direito do consumidor, conforme originalmente construído, fundou-se na ideia de racionalidade do consumidor, própria da teoria neoclássica. É dizer: tendo por premissa a racionalidade humana, e a pressuposição de capacidade do consumidor de, bem informado, tomar as decisões que lhe favoreçam e que atendam aos seus anseios, competiria às políticas públicas cuidar das situações de assimetria de informação nas relações de consumo, e que consistiriam, exatamente, em um dos obstáculos, próprios da economia de mercado e dos mercados competitivos, para a satisfação do bem-estar desse sujeito de direitos. A assimetria de informação representaria em uma das principais fontes de falha de mercado a serem corrigidas pelo Estado”. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Reforma do direito do consumidor brasileiro a partir das lições da *behavioral economics*: uma agenda possível? *In*: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 226-227.

informação é a segunda falha de mercado, um defeito de transparência calcada na expressão: “Eu sei algo que você não sabe<sup>506</sup>”.

Segundo Juarez Freitas, Manoel Trindade e Antônio Volkweiss essa falha pode ser conceituada como a:

“situação na qual pelo menos uma das partes detém maior quantidade de informações a respeito de bens ou interesses que pretenda transacionar ou a respeito de comportamentos que intente assumir, impedindo ou dificultando a verificação da verdadeira qualidade dos bens ou interesses, valendo-se dessa condição para obter vantagens às custas de outrem<sup>507</sup>”.

Ela se caracteriza, portanto, quando uma parte detém mais informações do que a outra sobre fatores determinantes do negócio, a tal ponto que a transação não ocorra, ou se realize de maneira mais onerosa para delas<sup>508</sup>. Nos dois casos há perda de eficiência não se alcançando um ótimo de Pareto. A não ocorrência da troca enseja

<sup>506</sup> MANKIM, Gregory N., **Princípios da Microeconomia**. Tradução de Alan Vidigal Hasting. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 442.

<sup>507</sup> FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, Antônio Carlos Machado, *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>508</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio; ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda, *Op. Cit.*, p. 15.

uma perda bilateral (um custo de oportunidade); a maior onerosidade a um dos transatores promove uma perda unilateral. Na primeira, ambos deixam de ganhar; na segunda, somente uma das partes ganha, mas não se obtém uma melhoria coletiva.

Em razão de uma divergência entre o saber e o externar, a assimetria de informação pode redundar na chamada seleção adversa e no risco moral (*moral hazard*). Aquela representa uma escolha equivocada sobre a pessoa ou a coisa com impacto direto na precificação da operação, ou seja, o comprador paga mais do que deveria ou adquire bens em desconformidade com a utilidade esperada. A última se traduz no oportunismo da conduta de um dos contratantes de apresentar um comportamento desonesto ou indesejável (não colaborativo) para obter vantagens futuras no curso da execução contratual face ao conhecimento oculto (*hidden information*) que possui sobre o conteúdo da relação negocial.

Em Direito, essa manifestação dolosa representa uma violação ao princípio de boa-fé objetiva (art. 4º, III do CDC) sendo causa de anulação do negócio jurídico, na forma do art. 147 do Código Civil. Pela veia consumerista, essa falha corresponde à ideia de vulnerabilidade técnica e informacional, dada a presunção de que o consumidor não conhece as especificidades do produto/serviço, ou seja, é um leigo, que não detém conhecimentos especializados sobre seus direitos, bem como ignora aspectos contábeis,

financeiros e sanitários, por exemplo<sup>509</sup>.

Para combater esse desvio mercadológico e obter eficiência, o Código de Defesa do Consumidor, regula o direito de informação dos consumidores (art. 6º, III) e imputa o dever de informar aos fornecedores (art. 9º). Vale dizer, a informação, é considerada um ativo econômico de alta relevância no mercado de consumo, seja na fase pré-contratual (a exemplo da oferta e publicidade – art. 30 e art. 36), no momento contratual (no caso da formalização dos contratos

– art. 46) e, também, na fase pós-contratual (em relação aos bancos de dados - art. 43).

No entanto, a proteção não se resume ao CDC. Setores específicos do mercado de consumo, *v.g.*, imobiliário, seguros, saúde e crédito, a questão da informação é ainda mais pujante. As consequências econômicas advindas da complexidade dessas operações determinam um regime ainda mais rigoroso quanto ao acesso de informação aos contratantes.

Pontue-se, por fim, que a assimetria de informação também opera em sentido inverso em desfavor dos empresários. Situações existem em que o consumidor é quem sonega deliberadamente informações ao ofertante, como no caso do

<sup>509</sup> Exemplo marcante do direito de informação consiste na obrigação dos fornecedores de declararem o valor nutricional dos alimentos embalados na rotulagem do produto, conforme determina a instrução normativa nº 75, de 8 de outubro de 2020 expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

contrato de seguro e de plano de saúde falseando a verdade, a fim de obter vantagens contratuais. Aqui a seleção adversa recairia sobre os ombros do fornecedor e o risco moral se concentraria na pessoa do consumidor.

### Falha de internalização

No exercício da atividade econômica nem sempre a totalidade dos custos e benefícios recaem sobre os participantes da transação. Em muitas situações ocorre um transbordamento involuntário de efeitos (*overflow effect*), quer negativos, quer positivos, em projeção para terceiros. O mercado, portanto, falha em não ser capaz de internalizar essas consequências externas e o equilíbrio deixa de ser obtido, posto que o preço do bem/serviço não irá refletir todos os custos envolvidos. Uma parcela do custo será absorvida, mas a outra será compartilhada pela sociedade com partes não envolvidas na atividade, seja ela qual for.

Em linguagem econômica, por externalidade se entende os custos ou benefícios que circulam externamente<sup>510</sup> ao mercado e não participam *ex ante* da precificação da transação, mas produzem implicações sobre a renda ou o bem-estar de outra pessoa, sem que para tanto haja uma compensação econômica pelos prejuízos que causa, nem pelos melhoramentos que traz. Isto é, os custos são

<sup>510</sup> NUSDEO, Fabio. *Op. Cit.*, p. 128.

transferidos sem preço<sup>511</sup>.

Por outras palavras, os resultados não são absorvidos plenamente pelos intervenientes irradiando efeitos, quando negativos, de maneira perniciosa contra a comunidade, onde o benefício é individual, mas o custo é público. É o caso, por exemplo, da poluição ao meio ambiente, do esgotamento dos recursos naturais, dos problemas decorrentes do direito de vizinhança e dos danos aos consumidores.

Do ponto de vista jurídico, as externalidades revelam uma alteridade econômica e comprometem, juridicamente, o tradicional princípio da relatividade dos contratos, onde os negócios, a rigor, não beneficiam, nem prejudicam terceiros. Particularmente, no campo do direito do consumidor, o desafio é implementar normas corretivas dessa falha, a exemplo do dever dissuasório para os casos de responsabilidade civil, aptas a promover a internalização dos custos ou impedir as práticas capazes de gerar danos coletivos, por meio da tutela dos interessestransindividuais.

<sup>511</sup> Como adverte Fabio Nusdeo: (...) “o custo transferido é custo inexistente para o seu gerador, uma indústria, porexemplo, a qual, assim, torna-se artificialmente mais lucrativa do que o seria se obrigada a absorvê-lo, permitindo- lhe destarte vender os seus produtos a um preço artificialmente mais baixo. Há aí um viés do sistema de preços, levando a sociedade a consumir mais meio ambiente do que o faria ou do que quereria caso existisse um preço associado ao seu uso”. NUSDEO, Fabio, *Ibid.*, p. 134.

## Falha de inclusão

O mercado deve ser um ambiente democrático onde todos os agentes podem participar. Como fato político e social ele denota a imagem de uma democracia econômica participativa. No mercado de consumo não é diferente. O acesso aos bens e serviços para a satisfação das necessidades pessoais é um capítulo fundamental da existência humana. A inclusão deve ser abandeira do mercado, não a exclusão<sup>512</sup>.

Neste diapasão, o afastamento de um dos sujeitos da relação representa uma perda de operabilidade para todos os intervenientes do mercado, o que acarreta, por conseguinte, a diminuição da demanda com retração da economia em prejuízo de todos.

Todavia, certas atitudes do mercado, em resposta ao inadimplemento obrigacional, em que pese lícitas, como é o caso da inscrição do nome dos devedores nos cadastros restritivos de

<sup>512</sup> “A exclusão é a impossibilidade de determinado individuo, ou grupo de indivíduos, participar da distribuição dos resultados da produção da sociedade, seja por restrições físicas, de aptidão ou de qualificação. A exclusão pode ser completa, isto é, indivíduos que não conseguem participar do mercado de trabalho e, portanto, não recebem renda para adquirir os bens e serviços essenciais à sua sobrevivência, como é o caso de pessoas com problemas de saúde, deficiência física ou idosas; ou parcial, como é o caso de baixa qualificação para as vagas que pagam melhores salários e, portanto, recebem remuneração muitas vezes abaixo da necessária para a sua subsistência”. ALBERGONI, Leda. **Introdução à economia: aplicações no cotidiano**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

crédito, ou mesmo as restrições derivadas da hipótese de superendividamento, tem o condão dealijar os consumidores do mercado de produtos e serviços.

O fenômeno da exclusão econômica do consumidor, por questões de idade, saúde ou mesmo condição financeira, sem a correspondente adoção de medidas de resgate e reinclusão do consumidor no mercado, equivale a uma falha. Em tais casos há uma cisão no mercado de fatores e de produtos com sobrelevo da oferta, mas com o esfriamento da demanda, o que pode comprometer a ocorrência das trocas, a perda de eficiência alocativa e o desequilíbrio entre a oferta e a procura.

Não se trata de discurso panfletário a favor do consumidor. Os números não mentem. Os dados publicados pelo Serasa Experian demonstram que, até setembro de 2022, havia 68,4 milhões de pessoas inadimplentes com um estoque total de 295,7 bilhões em dívidas negativadas, o que representa 42% de toda a população adulta brasileira, cuja origem repousa nos mais variados ramos da atividade econômica<sup>513</sup>.

É evidente que essa exclusão em massa redundará em perda de milhões na economia, comprometendo o intercâmbio de operações, a abertura de novos empreendimentos, a geração de emprego e renda. Isto é, além do custo privado pelo crédito

<sup>513</sup> Disponível em < <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/> Acesso em: 21 de nov. 2022.

estressado (inadimplido), o custosocial é de muito maior monta. A repercussão macroeconômica desse quadro excludente ocasiona a diminuição da oferta do crédito, a elevação da cobrança de juros, a exigência de garantias adicionais e o pagamento de prêmios de risco em nítido prejuízo social.

Essa fissura do mercado comprova que é preciso a intervenção regulatória do Estado para o resgate da cidadania financeira, a dignidade do consumidor e o reaquecimento do mercado. Esse é o motivo pelo qual o art. 4º, X da lei 8078/90 estabelece uma política pública de prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

#### **As normas consumeristas como um direito-custo**

Os direitos do consumidor consubstanciam normas de ordem pública e de interesse social, como preconizado no art. 1º da lei 8078/90. Trata-se de um direito privado de natureza especial com forte carga publicista destinado à correção das falhas do mercado.

Entretanto, como se diz em economia, não existe almoço grátis. Nem só de bônus vive o direito do consumidor. Ao contrário, do ponto de vista econômico, as normas consumeristas, enquanto

corretiva do comportamento dos agentes, impõe ônus à atividade econômica e por isso enseja custos. Essa relação de custo-benefício, no mais das vezes, é desconsiderada pelo profissional do direito acostumado apenas com a análise formalista de subsunção do fato à norma. Em verdade, o custo dos direitos é uma realidade desconhecida para o jurista<sup>514</sup>. Os direitos do consumidor não são exceção. Eles custam, não nascem em árvore<sup>515</sup>. Daí a importância da metodologia interdisciplinar amparada na visão da *law and economics*.

As normas jurídicas consumeristas ao prescrever direitos e obrigações se traduzem como um conjunto de incentivos<sup>516</sup> capazes de influenciar no processo de tomada de decisões dos

<sup>514</sup> Embora o custo dos direitos seja qual um truísmo, soa antes como um paradoxo, uma ofensa às boas maneiras, talvez mesmo como uma ameaça à própria preservação dos direitos. Afirmar que um direito tem um certo custo é confessar que temos de renunciar a algo para adquiri-lo ou garanti-lo. Ignorar os custos é deixar certas trocas dolorosas fora do nosso campo de visão”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 13.

<sup>515</sup> “Direitos – qualquer deles – não nascem em árvores. É verdade. Tem se por habito dizer ou se repudiar uma qualquer situação de desperdício ou mesmo para salientar o próprio valor da pecúnia que dinheiro não nasce em árvore. *Alas*. Direitos também não”. GALDINO, Flavio Antônio Esteves. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005, p. 141.

<sup>516</sup> BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 141-157, jul./set. 2008, p. 144.

agentes econômicos<sup>517</sup>. Esse o arcabouço normativo (*framework*) deve estimular comportamentos cooperativos e reprimir condutas oportunistas de ambos os lados da relação.

Pela análise econômica do direito se presume que as pessoas observarão as sanções legais, tal como reagirão economicamente frente a elevação dos preços<sup>518</sup>. Os estímulos devem ser eficientes.

Não se pode olvidar, portanto, que as obrigações trazidas aos fornecedores, enquanto estrutura legal de incentivos, ao exigir um amplo dever de informação e impor o regime de responsabilidade civil objetiva pelos danos provocados aos consumidores, se reflete no cálculo da atividade empresarial e com isso produz repercussão econômica. Como consequência, ao

<sup>517</sup> BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**, vol. 913, p. 137-173, nov. 2011, p. 141.

<sup>518</sup> “Os legisladores muitas vezes perguntam: Como uma sanção vai afetar o comportamento? Por exemplo, se indenizações punitivas são impostas ao fabricante de um produto defeituoso, o que acontecerá com a segurança e o preço do produto no futuro? Ou, a criminalidade vai diminuir se os delinquentes que violam a lei pela terceira vez forem presos automaticamente? Os juristas responderam a essas perguntas em 1960 mais ou menos da mesma maneira que o tinham feito a 2 mil anos antes – consultando a intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis. A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução: Luís Marcos Sander. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25

precificar o valor dos produtos e serviços os fornecedores incluirão esse custo no cômputo da empresa. De tal modo, a melhoria da qualidade da produção com mudanças industriais, a estipulação de reservas monetárias para cobrir indenizações e o pagamento de prêmios securitários para o contingenciamento do risco projetam efeitos econômicos e não há dúvidas de quem paga essa conta é o consumidor<sup>519</sup>. Cuida-se de um direito-custo<sup>520</sup>.

Seria ingenuidade pressupor que se trata de um custo afundado (*sunk cost*) do empresário, ou seja, irrecuperável. Esse custo é repassado aos consumidores como uma forma de socialização dos riscos, no mercado de consumo, para suportar eventuais perdas ou punições decorrentes do arranjo legal sem que se comprometa, integralmente, uma margem projetada de lucro e a continuação do empreendimento. Essa é a prova de que a legislação tutelar dos consumidores não pode ser dissociada de uma análise econômica, nem interpretada de maneira unidirecional, míope ou romântica.

É com essa perspectiva que as normas legais, enquanto institutos econômicos indutores de comportamentos, devem ser

<sup>519</sup> “A eficiência do diploma legal importa numa inegável melhoria da qualidade do mercado de consumo, mas quem suporta suas repercussões econômicas é o próprio consumidor. Tem ele a partir da obediência pelos empresários à lei de tutela dos seus direitos acesso a produtos e serviços de melhor qualidade, mas paga por isso”. COELHO, Fabio Ulhoa, 1994, p. 31.

<sup>520</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa.** v. I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

avaliadas. O direito, embora tenha finalidades teleológicas a serem atendidas, não é dotado dos meios corretos de avaliação dos resultados, nem capaz de prever os efeitos colaterais que advêm de uma cega aplicação normativa. Não basta, portanto, apenas boas intenções. Normas disfuncionais são custosas ao consumidor, pois acarretam desperdício de recursos escassos e podem, por isso, serem taxadas de ineficientes.

Assim, definido o valor a ser concretizado pelo ordenamento, será o uso das ferramentas da economia que apontará a melhor direção a ser percorrida, em uma relação de meios e fins, já que o direito, por vezes, funciona como uma bússola quebrada<sup>521</sup>, onde o tiro pode sair pela culatra e o direito se voltar contra o consumidor.

Exemplos concretos podem demonstrar a veracidade desta assertiva. O primeiro deles, diz respeito à Lei Estadual do Rio

<sup>521</sup> “Este é o papel da Economia: uma vez eleito o escopo pelas vias do Direito, aquela ciência proporcionará recursos para demonstrar a eficiência ou não do meio escolhido, propor alternativas e estimar custos (financeiros ou não). Como fator de influência da conduta humana, o direito muitas vezes funciona como uma bússola quebrada: conduz a sociedade a resultados diametralmente opostos ao pretendido; gera benefícios concentrados em troca de prejuízos dispersos; elege protegidos que, na prática, acabam por ser fragilizados etc. Uma vez demonstrado o “mau funcionamento” da norma jurídica por meio das lentes de outras áreas do conhecimento, põe-se a questão se ela, ainda assim, é justa ou compatível com o ordenamento jurídico.” BODART, Bruno. Uma análise econômica do Direito do Consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. *Economic Analysis of Law Review*, v.8, nº 1, p. 114-142, jan-jun, 2017, p. 115.

de Janeiro nº 5.502<sup>522</sup> de 15/07/2009, que impede, de um modo geral, que os empresários distribuam, de modo gratuito ou não, sacos ou sacolas plásticas compostas por polietilenos, polipropilenos e/ou similares. A legislação determina a substituição por sacos ou sacolas plásticas reutilizáveis/recicláveis provenientes de fontes renováveis ou de material reciclado e de diferentes cores.<sup>523</sup>

À toda evidência, o objetivo da legislação é compatibilizar a tutela do consumidor com a proteção do meio ambiente, como um dos princípios cardais da ordem econômica, nos termos do art. 170, VI da CR/88. A norma impede que os supermercados distribuam as sacolas não biodegradáveis aos compradores, ao mesmo tempo em que incentiva os consumidores a fazerem uso de bagagens reutilizáveis para o transporte dos produtos adquiridos.

A ideia é louvável dada a degradação ambiental com o descarte incorreto de material em rios, mares e bueiros. Não se discute a necessidade de criação de um ambiente sustentável. Essa é a finalidade constitucional (*fin*). O incentivo trazido na lei, contudo, não é eficaz (*meio*). O art. 2º, §2º da referida lei permite o repasse do custo das sacolas recicláveis aos consumidores, o que equivale, concretamente, a uma módica quantia de R\$ 0,08 por

<sup>522</sup> Disponível em < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=158505> > Acesso em 02 de nov. 2022.

<sup>523</sup> Verde para resíduos recicláveis e cinza para outros rejeitos, de forma a auxiliar o consumidor na separação dos resíduos e facilitar a identificação para as respectivas coletas de lixo.

sacola. O que se constata, empiricamente, é que a maioria das pessoas não faz uso de sacolas reutilizáveis preferindo pagar pelo uso das bagagens dos supermercados. O motivo é simples. O incentivo não é capaz de mudar o comportamento do consumidor de levar as próprias bolsas. Na análise de custo-benefício (*trade-off*), ele continua a comprar as suas mercadorias e pagar pelas sacolas plásticas mantendo-se o ciclo de descarte que a lei buscava combater em favor do meio ambiente (*fin*). Em outras palavras, o preço é tão baixo (*meio*) que não é capaz de alterar a preferência individual do consumidor na tomada de decisão. A pequena cobrança de R\$ 0,08 centavos por sacola só tem o condão de onerar o consumidor sem trazer benefícios ambientais de grande proporção. A conclusão que se tira é que, enquanto o valor for irrisório, os consumidores irão preferir não utilizar de suas bolsas mantendo o *status quo* antes da lei.

Pior ainda, em termos econômicos, é a situação de determinados Municípios, que em sua reconhecida autonomia legislativa, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>524</sup>, em matéria ambiental

<sup>524</sup> Trata-se de julgamento em Repercussão Geral – tema 970, julgado em 19/10/2022, no RE 732686 tendo como Relator o Min. Luiz Fux, com a seguinte decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 970 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, para assentar a constitucionalidade da Lei 7.281/2011 do Município de Marília/SP. Por maioria, modulou os efeitos da decisão para conferir o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do presente julgamento, para que os órgãos públicos e os agentes privados alcançados pela lei municipal possam se adaptar à incidência de suas

de interesse local, proibiram que os empresários cobrassem dos consumidores o fornecimento de sacolas plásticas recicláveis. Embora a intenção seja benéfica, o efeito real é justamente o oposto. Na hipótese, o custo das sacolas deixa de ser explícito e passa a ser implícito, posto que oculto e pulverizado em todas as mercadorias vendidas no estabelecimento. A medida legal apenas onera os compradores, tenham ou não, levado suas bolsas retornáveis, em nítida captura de renda. Ao final do dia, o incentivo de proteção do meio ambiente cai por terra fazendo com que nenhuma pessoa se valha dos meios próprios de transporte de mercadorias, mas todos paguem por elas, dada a falsa sensação que o fornecimento é gratuito. Em tais condições, a norma se revela altamente disfuncional, pois só gera custos e não benefícios.

Outro caso emblemático se refere ao seguinte dilema: é lícita a cobrança de preços diferentes entre bebidas geladas e as de temperatura ambiente? A lei Estadual do Rio de Janeiro n.º 8027/2018 proibiu que os fornecedores cobrem um preço diferenciado em tal situação. A *ratio legis* seria coibir uma suposta

---

disposições, vencido, nesse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski, que propunha tivesse a decisão eficácia imediata. Em seguida, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: "É constitucional - formal e materialmente - lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis". Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4359491&numeroProcesso=732686&classeProcesso=RE&numeroTema=970>> Acesso em 02 de nov. 2022.

prática abusiva na elevação de preços sem justa causa ou obtenção de vantagem manifestamente excessiva, na forma do art. 39, V e X do CDC. Para alguns<sup>525</sup>, a prática revela uma estratégia de vendas com a indução do consumidor à compra pagando um sobrevalor pela bebida gelada, quando comparado com o mesmo produto em temperatura ambiente. Haveria um desvio de demanda sempre para os produtos mais caros.

A justificativa, no entanto, não escapa da crítica pela escola do Direito & Economia. Pelo direito, em um sistema de livre mercado, é lícita a definição dos preços pelos fornecedores, pelo que não se afigura irregular, posto que presente uma justa causa, a cobrança diferenciada de produtos, em condições de temperaturas diferentes, desde que haja prévia sinalização ao consumidor<sup>526</sup>.

---

<sup>525</sup> SOUZA, André Boccuzzi de. **Breves comentários sobre a norma institucional 86 do Procon/SP, sobre preços diferenciados nas bebidas com ou sem gelo.** Disponível em <[flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/565848008/comentarios-sobre-norma-do-proconsp-sobre-cobranca-de-precos-diferenciados-nas-bebidas-com-ou-sem-gelo](http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/565848008/comentarios-sobre-norma-do-proconsp-sobre-cobranca-de-precos-diferenciados-nas-bebidas-com-ou-sem-gelo)> Acesso em 03 nov. 2022.

<sup>526</sup> Parecer n.º 17/2021 - PGJMG/PROCON-MG/SECP/ASJUP ASSUNTO/EMENTA: Precificação - bebidas resfriada/gelada - bebida em temperatura ambiente - preços diferentes - ausência de ilegalidade - produtos diferentes. Disponível em <[https://www.mpmg.mp.br/data/files/B6/06/40/15/D90FC7106A5DBEC7760849A8/PJ-PR\\_Parecer%20n%2017\\_Diferenciacao%20de%20precos%20em%20bebidas%20resfriadas\\_%20geladas%20ou%20em%20temperatura%20ambiente\\_PJ%20de%20Coronel%20Fabr](https://www.mpmg.mp.br/data/files/B6/06/40/15/D90FC7106A5DBEC7760849A8/PJ-PR_Parecer%20n%2017_Diferenciacao%20de%20precos%20em%20bebidas%20resfriadas_%20geladas%20ou%20em%20temperatura%20ambiente_PJ%20de%20Coronel%20Fabr)> Acesso: 03 nov. 2022.

Garante-se, pois, o direito de informação e a liberdade de escolha não havendo abuso. Pela vertente da Economia, a diferenciação dos preços é vantajosa ao consumidor. Explica-se. A lei, ao igualar os preços, desconsidera os custos fixos e diretos de resfriamento do insumo incorridos pelo empresário. Logo, se a norma impede a fixação de valores distintos, os preços da bebida quente e da gelada passarão a ser iguais, sendo nivelados pelo maior, como uma maneira dos empresários se equilibrarem na margem.

Em resumo, ao desconsiderar as evidências econômicas, a norma retira a opção do consumidor em comprar o item mais barato trazendo um prejuízo financeiro ao mesmo. A pretexto da melhoria de sua situação, a intervenção regulatória acaba por prejudicar a pessoa a quem deveria proteger. Como se diz coloquialmente, a emeda sai pior do que o soneto. Em tais casos, a política nacional de defesa do consumidor é frustrada pela própria entidade reguladora, naquilo que se denomina de falha de governo.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho buscou demonstrar que a Constituição da República consagrou uma Ordem Econômica baseada na liberdade de trocas entre os agentes afetada, contudo, ao atendimento das finalidades institucionais.

O mercado passou a ser o instituto catalizador da

atividade econômica podendo ser analisado dentro de uma dimensão política, econômica, jurídica e social, onde a proteção do consumidor se apresenta como um imperativo jurídico e econômico.

Essa especial tutela decorre do reconhecimento de que o mercado não funciona de maneira perfeita. Existe falhas que comprometem o seu regular funcionamento havendo a necessidade de intervenção do Estado para a manutenção do equilíbrio das relações.

A correção desses desvios, por meio da regulação do mercado de consumo, acarreta custos de conformidade na atividade econômica que são repassados aos consumidores. O direito do consumidor passa a ser analisado sob a ótica econômica como um direito-custo.

Conclui-se, então, que a racionalidade do direito do consumidor, enquanto instituto econômico, é a correção das distorções do mercado de consumo mantendo o seu equilíbrio, com fins de obtenção e manutenção de sua eficiência alocativa. Isto rende ganhos em pesquisas de inovação, aumento da qualidade dos produtos/serviços ofertados, escolhas pautadas em informações transparentes, disputas de espaços com o rebaixamento de preços e redução dos custos de transação. Todos esses fatores demonstram, economicamente, que CDC maximiza o bem-estar geral e promove a diminuição do custo social do Estado na

proteção da saúde, da segurança e da defesa dos consumidores.

#### Referências:

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direitoprnanacional**. 6ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ALBERGONI, Leda. **Introdução à economia: aplicações no cotidiano**. São Paulo: Atlas, 2015.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TIUJO, Edson Mitsuo. Harmonização e compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa: releitura dos direitos básicos do consumidor a partir da análise econômica do direito. *In*: CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; LISBOA, Roberto Senise (Coords), **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** – [Recurso eletrônico on-line] - Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 5-25. Disponível em <  
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/j0962xm7/grp25jh1vYjLbd1m.pdf>> Acesso em: 19 out. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAÚJO, Fernando. **Economia: conceitos introdutórios para juristas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**

**contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 141-157, jul./set. 2008.

BODART, Bruno. Uma análise econômica do Direito do Consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v.8, nº 1, p. 114-142, jan-jun, 2017.

BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**, vol. 913, p. 137-173, nov. 2011.

CAMPOS, Humberto Alves. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 281-303, jul./dez. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1972

CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2ª Ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

COASE, Ronald. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Empresário e os direitos do consumidor: cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa**. v. I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do**

**Sul**, Porto Alegre, v. 6, n. 14, p. 81-105, 1976.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**, 4ª. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRAZÃO, Ana. O mito da soberania do consumidor. **É legítimo esperar que soluções de mercado projetam o consumidor?** **JOTA**. 2021.

Disponível em <

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-mito-da-soberania-do-consumidor-01122021>> Acesso em: 19 out. 2022.

FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, Antônio Carlos Machado. Direito da regulação: falhas de mercado. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, p. 133-153, jan./fev. 2016.

GALDINO, Flavio Antônio Esteves. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de**

1988. 17ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

HOFMANN, Ruth M.; PELAEZ, Victor. **A racionalidade na teoria econômica: entre individualismo metodológico e estruturalismo.** In: Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia. 2008. Disponível em <

<https://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807020859020-.pdf>> Acesso em 19 de nov.2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** Tradução RachelSztajn. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MANKIM, Gregory N., **Princípios da Microeconomia.** Tradução de Alan Vidigal Hasting. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NORTH, Douglas C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico.** Trad. Elizabeth Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal. 2006.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico,** 10ª. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2016.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. Nuno. **Curso de análise econômica do direito.** 1ªed. SP: Atlas, 2022.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. *In:* PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello (coord.). **Direito e economia: diálogos.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 177-200.

SANDEL. Michel J. **O que o dinheiro não compra: os limites do mercado.** Tradução de Clóvis Marques – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de; ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Direito do consumidor e análise econômica do direito. **Revista de direito do consumidor,** v. 29, n. 132, p. 309-330, nov./dez. 2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Law & Economics e Direito do Consumidor não são disciplinas incompatíveis. **CONJUR.** Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/garantias-consumo-law-economics-direito-consumidor-nao->

[sao-incompatíveis](#)>Acesso em: 16 out. 2022.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Reforma do direito do consumidor brasileiro a partir das lições da behavioral economics: uma agenda possível? *In*: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 223-238.

SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise econômica do Direito do Consumidor: O Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da IV Congresso Anual da Associação Mineira de Direito e Economia**. Disponível em <<https://dadospdf.com/download/analise-economica-do-direito-do-consumidor-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-como-norma-corretiva-no-ordenamento-juridico-brasileiro-5a4c80ceb7d7bcab6714eb7d.pdf>>acesso em: 19 out. 2022.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SERRANO, Pablo Jimenez. **Direito e Economia: diálogos entre economia política e sistemas de direito**. Rio de Janeiro: Jurimestre, 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SOUZA, André Boccuzzi de. **Breves comentários sobre a norma institucional 86 do Procon/SP, sobre preços diferenciados nas bebidas com ou sem gelo**. Disponível em

<

[flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/565848008/comentarios-sobre-a-norma-do-proconsp-sobre-cobranca-de-precos-diferenciados-nas-bebidas-com-ou-sem-gelo](https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/565848008/comentarios-sobre-a-norma-do-proconsp-sobre-cobranca-de-precos-diferenciados-nas-bebidas-com-ou-sem-gelo)>Acesso em 03 nov.2022.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. São Paulo. Método.2011.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Análise econômica do direito dos contratos. Uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado**. PR: Thoth, 2021.

YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio J. Maristrello; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro (coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 115-146.

## CRIPTOMOEDAS E O ESQUARTEJAMENTO DA LIVRE INICIATIVA

Fagner Vinicius de Oliveira

Advogado, mestre em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis  
– UCP, E-mail fagner.oliveira@oliveiraoliveira.com.br

### Resumo

A ordem econômica constitucional brasileira, elencada no artigo 170 da Constituição Federal, que tem origem no exercício da livre iniciativa possibilitando o pleno desenvolvimento da atividade econômica em condições de igualdade com todos os concorrentes, vedando as restrições discriminatórias em um mercado livre, não possuindo barreiras de ingresso na livre concorrência, porém as empresas criptomoedas vem enfrentando inúmeras dificuldades para desenvolvimento da atividade econômica, devido a intervenções judiciais que vem criando um cenário de completa insegurança jurídica. Através do estudo de caso, revisão da doutrina e disposições legais, o presente trabalho pretende apresentar através de uma pesquisa pura e interpretativa, devido inexistir regulamentação para operacionalização da atividade, como as decisões judiciais têm se apresentado como um verdadeiro esquiteamento ao princípio da livre iniciativa para desenvolvimento da atividade inovadora no mercado de criptomoedas.

Palavras-chave: Criptomoedas; livre iniciativa; intervenção.

### Introdução

O número de usuários de criptomoedas seja como meio de pagamento ou investimento teve um grande crescimento no Brasil,

segundo recente pesquisa feita pela Hashdex<sup>527</sup>, o crescimento foi de 938%, em audiência na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, o subsecretário de Fiscalização da Receita Federal, Jonathan de Oliveira, informou que as declarações de Imposto de Renda do ano de 2020, foram listadas movimentações de R\$ 127 bilhões, quando 445 mil pessoas físicas e cerca de 6 mil empresas informaram transações com moedas virtuais.<sup>528</sup>

O Brasil não diferente dos demais países do mundo necessita acompanhar a grande revolução digital do mercado de criptomoedas “não podendo deixar de compartilhar informações que entendemos relevante compartilhar” para não perdemos o “*time*” das grandes transformações tecnológicas na história, nas conexões geradas entre “a economia, tecnologia e o Direito, para tentarmos jogar este jogo de forma eficiente” (MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; TOSTES, Eduardo Chow Martins, 2019, pag. 9) como bem destaca MARTINS e TOSTES:

Uma revolução tecnológica ocorre no mundo, com características acentuadas na tecnologia e na informação, e o Brasil ainda não se deu conta de que precisa acompanhar o movimento mundial para fazer frente e tutelar adequadamente seus cidadãos. Fato

<sup>527</sup> CNN BRASIL. O número de investidores em criptomoedas explodiu no Brasil: o crescimento foi de 938% em 2021. A pesquisa foi feita pela Hashdex, maior gestora de criptomoedas do país, com base em dados da B3 e da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), saltando para 325 mil investidores.

<sup>528</sup> CÂMARA FEDERAL. Receita diz que brasileiros movimentaram R\$ 127 bilhões em criptomoedas em 2020. A Receita foi pioneira no mundo ao exigir a declaração mensal em agosto de 2019. E colocou neste ano um campo específico sobre criptoativos na ficha de bens da Declaração de Imposto de Renda, quando 445 mil pessoas físicas e cerca de 6 mil empresas informaram transações com moedas virtuais.

já verificado pelos economistas ao longo dos últimos anos (MARTINS; TOSTES, 2019, pag. 8).

O ponto essencial é compreender que em uma democracia capitalista o capitalismo vive em um processo de constante evolução, ou seja um “método de transformação econômica que não pode ser estacionário” (SCHEMPETER, 2017, pag. 119), sendo a raiz fundamental do impulsionamento da de sua movimentação as transformações que são dadas por “novos bens de consumo, novos mercados, novos métodos de produção e transporte, e as novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista” (SCHEMPETER, 2017, pag. 119).

E com base nessa transformação que as novas empresas que atuam com criptomoedas têm se apresentado como um caminho alternativo, evolutivo e democrático, que pode ser desbravado por todos que tenham interesse e desejem alcançar sua tão sonhada liberdade financeira, uma verdadeira “mutação industrial” que estremece as estruturas econômica, destruindo a antiga estrutura e criando a nova (SCHEMPETER, 2017, pag. 120).

Por isso, é importante definir dois objetivos na presente pesquisa, primeiro chamar a atenção para a lacuna existente na regulamentação do mercado de criptomoedas, e segundo, propor uma investigação sobre os limites da juridicidade de criação de regras, fiscalização e aplicação de penalidades pelo Poder Judiciário nas empresas de criptomoedas com foco na preservação ao princípio da livre iniciativa.

#### O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A ordem econômica constitucional brasileira, elencada no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que tem origem no exercício da livre iniciativa possibilitando o pleno desenvolvimento da atividade econômica em condições de igualdade com todos os concorrentes, vedando as restrições discriminatórias em um mercado livre, não possuindo barreiras de ingresso na livre concorrência.

No parágrafo único, do mesmo artigo, assegura a todos os livres exercícios de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os previstos em lei.

A Lei 13.874/2019, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, onde interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

O propósito da positivação das regras do princípio da livre iniciativa foi com objetivo de evitar o seu desmantelamento.

Como bem destaca João de Andrade Uzêda Accioly:

“A positivação da regra da interpretação pro libertatem é assim uma forma de tentar mitigar o desrespeito à livre iniciativa, ao contrato e à propriedade, cuja proteção existe muito mais na lei escrita que no direito efetivamente praticado no País. Por um lado, busca “lembrar” que mesmo a constituição prevê a liberdade de iniciativa como um de seus fundamentos; por outro, por ser voltada nesse contexto às atividades econômicas privadas, determina que nessas se privilegie a escolha dos objetivos particulares, deixando objetivos públicos para a esfera pública e permitindo que o direito privado se torna mais privado”. (ACCIOLY, 2019, pag.41).

Desta forma, considerando a liberdade de contratar no exercício da iniciativa empresarial, se os atos constitutivos se estiverem dentro dos parâmetros e procedimentos que conferem legalidade e validade na forma da lei de liberdade econômica. Assim, podem e devem os empreendedores usufruir da liberdade de exercer a atividade econômica a que se propuseram, salvo se necessário autorização de órgão competente previsto em lei.

Porém, no que tange ao mercado de criptomoedas há um sentimento de insegurança jurídica, visto inexistir marco regulatório para atividade, e as constantes intervenções judiciais nas atividades das empresas para desenvolvimento de suas atividades, conforme veremos a seguir.

#### BARREIRAS AO FOMENTO DA LIVRE INICIATIVA NO MERCADO CRIPTO

A Receita Federal do Brasil, por seu turno, primeiramente, incorporou as criptomoedas, como o Bitcoin, no conceito de ativo sujeito à declaração de Imposto de Renda em função de eventual ganho de capital. Emitindo, recentemente, a Instrução Normativa RFB no 1888, de 03 de maio de 2019 (IN 1888), cujo objetivo é monitorar o tamanho de mercado nacional relacionado à criptoconomia, definindo criptoativos, no seu artigo 5º, I, como:

“representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;” (Instrução Normativa RFB no 1888, de 03 de maio de 2019).

A falta de um marco regulatório incidente sobre as atividades relacionadas às empresas de criptomoedas e regramento para os profissionais interessados em atuar no mercado traz inúmeros transtornos, dentre os quais destacamos a inexistência um código específico para a atividade de intermediação na compra e venda de criptomoedas, aluguel de criptomoedas, ou terceirização de serviço de trader, na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) e a ausência um objeto social padronizado adotado pelas empresas atuantes no mercado de criptomoedas que possibilitasse a identificação completa em seus cadastros, o que vem dificultando o acesso ao serviço bancário.

Como bem destaca Clarissa Beatriz Brandão (2018):

objeto social é o conjunto de atos negociais efetivamente desempenhados pela sociedade; sob o viés formal, o objeto social é a descrição dessas atividades negociais no estatuto social. Essa distinção, porém, não significa que seja permitido o efetivo exercício de qualquer atividade, independente do que conste da disposição estatutária que descreve o objeto social. O objeto social determina a capacidade de agir da sociedade, delimita sua atuação. (BRANDÃO, 2018, pag. 277).

Com efeito, as corretoras e usuários de criptomoedas constantemente tem sofrido bloqueios, suspensão, cancelamento e negativa de abertura de contas bancárias<sup>529</sup> com a justificativa de desinteresse comercial na manutenção ou abertura das contas bancárias, principalmente devido aos setores de *compliance* dos bancos, aos quais se mantinham relacionamentos, constantemente, devido à

<sup>529</sup> LIVECOINS. **Nubank bloqueia contas e revolta usuários.** Disponível em <https://livecoins.com.br/nubank-bloqueia-compras-na-binance-e-revolta-usuarios/>. Acesso em 07 de fevereiro de 2022.

<sup>530</sup> ISTOÉ. **Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas.** <https://www.istoedinheiro.com.br/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>. Acesso em 07 de fevereiro de 2022.

alta movimentação de valores no mercado de cripto, tem gerado cobranças por esclarecimentos e a comunicação de situações atípicas ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras).

Porém, não é difícil perceber as razões para essa reação anticompetitiva das instituições financeiras, visto que a nova economia digital e criptográfica reduz drasticamente os custos de transação, além de oferecerem serviços muitos mais rápidos, confiáveis e verificáveis praticamente em tempo real, que é o principal objetivo dos mercados instituídos criados com o intuito de facilitar as trocas, isto é, existem a fim de reduzir os custos e realizar transações (COASE, 2019, pag.7).

Em recente Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, tendo como denunciante a Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain e denunciados Banco do Brasil S.A.; Banco Bradesco S.A.; Banco Itaú Unibanco S.A.; Banco Santander S.A.; Banco Inter S.A.; e Banco Cooperativo Sicredi S.A., que segundo a denúncia, as instituições bancárias estariam limitando ou prejudicando a livre concorrência em mercados verticalmente relacionados ao mercado bancário, ao impedir ou limitar o acesso das corretoras de criptomoedas a contas correntes, nas hipóteses previstas no art. 36, caput, incisos I a IV, da Lei nº 12.529, de 2011.

O inquérito no primeiro momento foi arquivado pela ausência de indícios de infração à ordem econômica, nos termos dos artigos 13, IV, e 66 e seguintes, da Lei nº 12.529, de 2011 c/c os artigos 140 e seguintes do Regimento Interno do CADE e ausência de regulamentação do setor de criptomoedas.

Porém, existe a necessidade de alteração do *modus operandi* da concepção de concorrência (SCHEMPETER, 2017), não podendo ter a concepção antiga de molde rígido que inviabiliza os métodos de

produção e as novas formas de organização industrial, como bem destaca SCHEMPETER:

“...o que conta não é esse tipo de concorrência, e sim a concorrência da nova tecnologia, da nova fonte de abastecimento, do novo tipo de organização (por exemplo, a unidade de controle em grandíssima escala), ou seja, a concorrência que impõe uma vantagem decisiva em custos ou qualidade e que ataca não as margens do lucro e da produção das empresas existentes, mas nos seus alicerces e na sua própria existência.” (SCHEMPETER, 2017, pag. 122).

No presente caso, onde o CADE preliminarmente arquivou o processo administrativo, verificando-se um certo desconhecimento do funcionamento das corretoras de criptomoedas que são concorrentes diretas do setor bancário, dentre outros fatores, para superar as barreiras de conhecimento, tendo em vista “necessária compreensão por estes órgãos públicos dos conceitos e institutos permanentemente evoluindo e mudando nesta seara da tecnologia” buscando uma correta aplicação e proteção ao direito de maneira “a tutelar a dignidade da pessoa humana e os pilares da democracia em nossa sociedade” (MARTINS; TOSTES, 2019, pag. 17).

Um desenvolvimento sustentável do novo mercado é imprescindível que o Estado regulador construa instituições jurídicas estáveis, transparentes e indutoras de segurança jurídica, para fomentar os investimentos em capital físico e humano necessários (CAMILO JUNIOR, 2018, pag. 9), levando-se em conta os interesses públicos envolvidos na atividade econômica, a livre iniciativa, e os desafios contidos em termos de inserção no mercado, de atendimento as necessidades coletivas e de geração de novas tecnologias capazes de viabilizar o desenvolvimento sustentável, Adam Smith destaca que:

“O interesse dos negociantes em qualquer ramo específico de comércio ou de manufatura sempre difere em alguns aspectos do interesse público e até se lhe opõem. O interesse dos empresários e

sempre de ampliar o mercado e limitar a concorrência. Ampliar o mercado muitas vezes pode ser benéfico ao interesse público, mas limitar a concorrência sempre contraria o interesse público.” (SMITH, 1996, pg. 287).

Por outro lado, as corretoras alegam uma forma de concorrência desleal por parte das instituições limitando ou dificultando o acesso ao sistema bancário, de forma totalmente arbitrária, imotivada, anticompetitiva e lesiva aos empreendedores desse segmento de negócio.

O sistema bancário é indispensável à atividade empresarial e usuários de criptomoedas, uma vez que, sem uma conta bancária, não conseguiriam prestar serviços financeiros ou sacar suas criptos em moeda fiduciária, e não haveria qualquer alternativa viável para a realização de negócios e para a transferência de valores, que não seja por meio dos canais do sistema financeiro tradicional.

É importante destacar que a ausência de proteção aos novos investidores do mercado significaria criar uma zona franca dominada por um parasitismo precário, com sérios danos tanto para as empresas quanto para todo o sistema (MARTINS; TOSTES, 2019, pag. 11), visto que, se há crimes a pesquisar, precisamos fazer isso com cautela para não ceifar o trigo junto com o joio.

Os abusos das instituições financeiras ficam bem evidentes na nota técnica do CADE de nº 89/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE do inquérito administrativo nº 08700.003599/2018-95, onde 89% (oitenta e nove por cento)<sup>531</sup> das corretoras de criptomoedas, ou seja, dezesseis das dezoito das quais o CADE recebeu informações, relataram algum tipo de situação de encerramento ou recusa em abrir conta corrente, em situações que

<sup>531</sup> CADE. **Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95**, NOTA TÉCNICA Nº 89/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, disponível em acesso realizado em 07 de fevereiro de 2022.

alcançaram metade das contas dessas dezoito corretoras, a nota destaca ainda, que há completa ausência de regulação do setor, seja do CADE, do Banco central, seja da CVM:

"Item. 169: Ainda que criptomoedas venham a ser classificadas como ativos financeiros e seja permitida sua aquisição como investimento no país, esta SG não pode assumir, atualmente, que corretoras de criptomoedas, não reguladas, são concorrentes diretas de bancos, sendo estes sujeitos a forte regulação, em produtos de investimentos.

Item 352: Na opinião desta SG, diante de todo o exposto, o quadro atual de ausência total de regulação sobre atividades relacionadas a criptomoedas coloca as corretoras em uma situação paradoxal: se por um lado propicia liberdade de escolhas e atuação empresarial; por outro dificulta o estabelecimento de um relacionamento comercial com o SFN, ao qual essa atividade está relacionada.”

Essa união de forças fica mais ainda evidente com a movimentação dos bancos com a realização de bloqueios nas contas correntes e serviços dela inerentes dos seus clientes consumidores finais quando tentam comprar criptomoedas através de sua conta bancária ou cartão de crédito.<sup>532 533</sup> Sendo reforçado o abuso da concorrência, com a entrada de diversas instituições bancárias no mercado de criptomoedas.<sup>534</sup>

<sup>532</sup> LIVECOINS. **Nubank bloqueia contas e revolta usuários**. Disponível em <https://livecoins.com.br/nubank-bloqueia-compras-na-binance-e-revolta-usuarios/>. Acesso em 07 de fevereiro de 2022.

<sup>533</sup> LIVECOINS. **Paypal terá que indenizar vendedor brasileiro de bitcoin**, disponível em :</a><https://livecoins.com.br/paypal-tera-que-indenizar-p2p-de-bitcoin-no-brasil/>> . Acesso realizado em 06 de fevereiro de 2022.

<sup>534</sup> VALOR. **Itaú amplia flerte com bitcoin** disponível em;</a><https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2021/06/17/itau->

ACÇÃO PENAL N. 5105179-28.2021.401.5101/RJ  
“OPERAÇÃO KRYPTO”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no conflito de competência nº 161123, SP, 2018/0248430-4<sup>535</sup>, Relator Ministro Sebastião Reis Junior reconheceu que a posse e a negociação de criptomoedas não estão abrangidas nos artigos 7º, II, e 11 da Lei 7.492/1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, logo não pode ser considerada crime, e tampouco na lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários como o próprio parecer da CVM informou, as criptomoedas não podem ser consideradas valor mobiliário, visto que inexistente regulamentação para o setor.

Porém, recentemente, no âmbito da ação penal de número 5105179-28.2021.401.5101/RJ, denominada operação “Krypto”, da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, a juíza Rosália Monteiro Figueira, decretou às seguintes medidas cautelares nas empresas de criptomoedas a suspensão das atividades da empresa, acesso dos colaboradores aos escritórios, e bloqueio de 38 bilhões em ativos, fundamentados nos art. 4, 7, I, II, e III, 11 e 16 todos da lei 7.492/86,

[amplia-flerte-com-bitcoin-e-lanca-fundo-de-blockchain-e-coe-de-coinbase.ghml](#).

Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

<sup>535</sup>STJ. **Conflito de competência nº 161123, SP, 2018/0248430-4**, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661801952/conflito-de-competencia-cc-161123-sp-2018-0248430-4/inteiro-teor-661801962#:~:text=MINISTRO%20SEBASTI%C3%83O%20REIS%20J%C3%9ANIOR%3A%20Trata,das%20Artes%E2%81%84SP%2C%20o> Acesso realizado em 30 de março de 2022.

crimes contra o sistema financeiro e contraordem tributária e lavagem de dinheiro.

O que chamou a atenção no presente caso da operação Krypto, foi novamente a fundamentação nos art. 4, 7, I, II, e III, 11 e 16 todos da lei 7.492/86<sup>536</sup>, crimes contra o sistema financeiro, ordem tributária e lavagem de dinheiro, ao qual queremos dar destaque para as seguintes imputações:

fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração, falsa instituição financeira e distribuição de valores mobiliários ou de câmbio (artigo 4);

emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados (artigo 7, I, II e III);

atuar sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida a lei (artigo 16).

Em relação ao tema criptomoedas para melhor compreender a problemática apresentaremos abaixo os pareceres do Banco Central (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre o tema.

O Banco Central, através do Comunicado 31.379/2017<sup>537</sup>, ressaltou que as criptomoedas “não podem ser confundidas com as

<sup>536</sup> BRASIL. **Lei 7492/1986**, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm)> acesso realizado em 17 de agosto de 2022.

<sup>537</sup>BANCO CENTRAL. **Comunicado 31.379/2017**, disponível em <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>>, acesso realizado em 10 de agosto de 2022.

moedas eletrônicas de curso legal, de que trata a lei 12.865/2013". Enfatizando ainda que, as empresas que negociam ou guardam as moedas virtuais não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Bacen e que as operações de câmbio com essas moedas não afastam a obrigatoriedade da observância das normas cambiais vigentes.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), vem se manifestando que as criptomoeda ofertadas não podem ser configuradas como um valor mobiliário, por faltar-lhe o requisito do "direito de participação, de parceria ou de remuneração" previsto no artigo 2º, IX, da Lei 6.385/1976<sup>538</sup>.

Esse foi o entendimento adotado pela Comissão no processo CVM n.º RJ 2009/6346<sup>539</sup>, no sentido de que "o caráter lucrativo deveria dizer respeito ao próprio título, estando diretamente relacionado à sua natureza de instrumento de investimento" para a sua configuração como um valor mobiliário. A presença de um caráter especulativo e a possibilidade de valorização do ativo e sua negociação em um mercado secundário não são suficientes para enquadrar um instrumento como valor mobiliário.

Com base nos dois posicionamentos acima surgiu as seguintes inquietações no que tange a imputação penal da operação Kripto e proibições: 1) Para quem solicitar autorização? Qual o valor mobiliário que as criptomoedas estão enquadradas?

Verificou-se que o Poder Judiciário está atuando a criar regras que não existem dentro do ordenamento jurídico, o que causou extrema insegurança para todos os atores do mercado cripto. Visto que, as operações envolvendo compra ou venda de

<sup>538</sup> BRASIL. Lei 6385/1976. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm)> acesso realizado em 17 de agosto de 2022.

<sup>539</sup> CVM, Processo CVM n.º RJ 2009/6346.

criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda e não são por ele reguladas, autorizadas ou supervisionadas (Conforme Comunicado 31.379/2017). Não são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por faltar-lhe o requisito do "direito de participação, de parceria ou de remuneração" previsto no artigo 2º, IX, da Lei 6.385/1976. (CVM n.º RJ 2009/6346).

Ora, não podemos exigir autorização ou registro em órgão que manifesta expressamente que não tem atribuição de controlar determinado mercado, é princípio fundamental da Constituição elencado no artigo 5º, II que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"<sup>540</sup> nem mesmo conforme preceitua o inciso XXXIX que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal"<sup>541</sup>. Visto que, se há crimes a pesquisar, precisamos fazer isso com cautela para não ceifar o trigo junto com o joio.

o esquartejamento da livre inicitiva NO MERCADO CRIPTO

A liberdade é essencial ao capitalismo tendo em vista que a "existência do mercado e a garantia de acesso a eles são vitais para existência do comercio e da atividade econômica" (DE SOUZA, CAMINHA, 2020, pag. 11), pois a intervenção judicial nas empresas

<sup>540</sup>BRASIL. Constituição Federal 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 realizado em 17 de agosto de 2022.

<sup>541</sup>BRASIL. Constituição Federal 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 realizado em 17 de agosto de 2022.

de cripto, como apresentado nos exemplos acima, fere diretamente o princípio da livre iniciativa, o que torna imperativo discuti-la, já que inexistente no direito brasileiro uma legislação de caráter geral que estabeleça, com segurança os parâmetros dessa intervenção.

O Poder Judiciário não pode se imiscuir na tarefa que compete ao Poder Legislativo e às opções do Legislador, como bem destaca o professor Luís Roberto Barroso (2012):

“os juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso quando invalida atos do Legislativo ou Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocadamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem em suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funciona como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária” (BARROSO, 2012, pag. 373).

O professor Gilmar Ferreira Mendes (2019) destaca que:

“A vigência de tais objetivos ordenadores da atuação econômica do Estado por sua vez, convive com a força normativa do princípio da livre iniciativa, alçado pelo texto constitucional ao patamar de um dos fundamentos da nossa República Federativa

(art.1º,IV). Tal princípio representa mais do que um simples dogma interpretativo para a solução de conflitos de direitos, afigurando-se como verdadeiro preceito estruturante do sistema de economia de mercado. A livre iniciativa se afigura como real direito fundamental autônomo com contornos essenciais definidos, demarcando um núcleo de proteção da liberdade individual” (2019, pag.34).

O Poder Legislativo, que detém a legitimidade para apreciar os projetos de lei que visam disciplinar as operações com criptomoedas. Portanto, aplicar aos cidadãos limitações utilizando os dispositivos constantes nas Leis nº 6.385/76, 7.492/86, ou até mesmo propor regras e impedimento no modo de atuação das empresas de criptomoedas quando inexistente regras é inadequado, configurando um verdadeiro esvaziamento ao princípio da livre iniciativa, e agride frontalmente os ditames do art. 5º, II, da Constituição Federal que elenca que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” tendo em vista a recusa dos órgãos públicos em regulamentar e autorizar.

Como bem destaca o professor Leonardo Vizeu Figueiredo, “a violação à **liberdade de iniciativa de forma irresponsável e sem planejamento** trará uma série de consequências funestas à população brasileira (FIGUEIREDO, 2020), visto que “**não há qualquer autorização constitucional ou infraconstitucional que permita a supressão do princípio da livre iniciativa ou de qualquer outra liberdade individual**”. (FIGUEIREDO, 2020).

O Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário de número 1054110, São Paulo, relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99, destacou que livre iniciativa e a livre concorrência são incentivos a inovação, tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente e

protege o consumidor sendo apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio, fato que deve ser também aplicado mercado de criptomoedas que não há regras que regulamentam a atividade, sendo contrário a livre iniciativa e concorrência qualquer reserva de mercado, ou intervenção judicial com intuito de criar regras que inexistem no mercado. *In verbis*:

A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. 3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. 4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”. 5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte

(CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. 6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”. (STF - RE: 1054110 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/09/2019).

Na presente decisão verifica-se que a livre iniciativa funciona como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e que quando não há regra, nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade de determinada atividade, é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor, logo não havendo regulamentação da atividade de criptomoedas deve prevalecer o princípio da livre iniciativa da atividade.

#### Conclusão

A possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não

tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. A lei de liberdade econômica tem como princípios norteadores, a liberdade como garantia no exercício de atividade econômica

Uma vez que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito reside no pleno exercício das liberdades individuais, dentre elas a **liberdade de ofício e a livre iniciativa (FIGEUIREDO, 2020)**.

E com base nessa transformação que as novas empresas que atuam com criptomoedas têm se apresentado como um caminho alternativo, evolutivo e democrático, que pode ser desbravado por todos que tenham interesse e desejem alcançar sua tão sonhada liberdade financeira, uma verdadeira “mutação industrial” que estremece as estruturas econômica, destruindo a antiga estrutura e criando a nova (SCHEMPETER, 2017, pag. 120).

A livre iniciativa e a livre concorrência são incentivas a inovação, tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana, abrindo caminho para novos mercados e o meio ambiente e protege o consumidor sendo apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio.

O Poder Legislativo, que detém a legitimidade para apreciar os projetos de lei que visam disciplinar as operações com criptomoedas, tendo em vista a recusa dos órgãos públicos em regulamentar e autorizar o funcionamento de uma empresa de criptomoedas, não cabe ao Poder Judiciário fazer, por mais que desconheça ou se incomode com as matérias não regulamentadas e cujo funcionamento fuja ao senso comum, não pode praticar o ativismo de tornar ilegal, direta ou indiretamente, atividades que a lei não proíbe, visto que a livre iniciativa, em sua potencialidade máxima, afastaria toda e qualquer intervenção estatal sobre escolhas individuais, uma expressão da ideia geral de liberdade e assegura,

como regra geral, que as pessoas sejam livres para suas escolhas existenciais e profissionais.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzéda. **“Hermenêutica pro libertatem”**. in *Comentários à lei da liberdade econômica*, organizadores: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO., Rodrigo Xavier, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2019, *pag.39-53*.

[BRANDÃO, Clarissa](#); TIBURCIO, D. R.; VAL, E. M.. Participação societária e restrições regulatórias à livre escolha do objeto social: o

caso das operadoras de planos de saúde. Revista Jurídica- Unicuritiba, v. 1, p. 272-296, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 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 realizado em 03 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Câmara Federal. Receita diz que brasileiros movimentaram R\$ 127 bilhões em criptomoedas em 2020, disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/821381-receita-diz-que-brasileiros-movimentaram-r-127-bilhoes-em-criptomoedas-em-2020/>>. Acesso realizado em 2 de fevereiro de 2022.

BRASIL. STF. RE: 1054110 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/09/2019, disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027911>, acesso realizado em 10/08/2022.

BRASIL. Lei 6385/1976. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm)> acesso realizado em 17 de agosto de 2022.

BRASIL. BANCO CENTRAL. Comunicado 31.379/2017, disponível em <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>>, acesso realizado em 10 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.529/2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Acesso realizado em 3 de fevereiro de 2022. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)>.

BRASIL. Lei 7.429/1986, define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências, disponível em <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm)> acesso realizado em 02/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1277762/SP. Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/08/2013. Disponível em :<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101770819&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso realizado em 7 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n° 161123, SP, 2018/0248430-4, disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661801952/conflito-de-competencia-cc-161123-sp-2018-0248430-4/inteiro-teor-661801962#:~:text=MINISTRO%20SEBASTI%C3%83O%20REIS%20J%C3%9ANIOR%3A%20Trata,das%20Artes%20E%81%84SP%2C%20>> acesso realizado em 30 de março de 2022.

BRASIL. CADE. Inquérito Administrativo n. 08700.003599/2018-95, Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain - ABCB X Banco do Brasil, disponível em :<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSmM4M2ETTN1Mv7wWLGnEUjWmCLsr9jExmU5t47oOILQ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSmM4M2ETTN1Mv7wWLGnEUjWmCLsr9jExmU5t47oOILQ)>. Acesso realizado em 03 de fevereiro de 2022.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito Societário e Regulação Econômica. SP: Manole, 2018.

COASE, Ronald H. A firma, o mercado e o direito. Ed. Forense, 2ª edição, 2017.

CAMINHA, Uinie; DE SOUZA, Ricardo Noronha Inglez. Direito da concorrência e direito comercial – qual a relação?. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2020.

CNN BRASIL. Investimentos em criptomoedas entre brasileiros crescem quase 1.000% em 2021. Disponível em:<<https://www.cnnbrasil.com.br/business/investimentos-em-criptomoedas-entre-brasileiros-crescem-quase-1-000-em-2021/>>. Acesso realizado em 2 de fevereiro de 2022.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito Econômico. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Livre iniciativa em época de Covid 19. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2020/05/11/livre-iniciativa-covid-19/> acesso realizado em 10 de agosto de 2022.

ISTOÉ. Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas. Disponível em :<  
<https://www.istoedinheiro.com.br/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2022.

LIVECOINS. Nubank bloqueia contas e revolta usuários. Disponível em <https://livecoins.com.br/nubank-bloqueia-compras-na-binance-e-revolta-usuarios/>. Acesso em 07 de fevereiro de 2022.

LIVECOINS. Paypal terá que indenizar vendedor brasileiro de bitcoin, disponível em :</https://livecoins.com.br/paypal-tera-que-indenizar-p2p-de-bitcoin-no-brasil/> . Acesso realizado em 06 de fevereiro de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Liberdade econômica e alienação de empresas estatais: reflexões a partir do julgamento da ADI nº5.624”. in Lei de liberdade econômica e seus impactos no Direito Brasileiro, coordenação Luís Felipe Salomão, Ricardo Villas Boas Cueva e Ana Frazão, São Paulo, revista dos Tribunais, 2019, pags.33-45.

MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; TOSTES, Eduardo Chow Martins. Proteção dos dados pessoais no Brasil: a necessidade de especialização dos órgãos

independentes de defesa do consumidor para uma atuação eficiente. *Revista de direito do consumidor*, v. 134/2021, p. 137-173, 2021.

MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; LIMA, Marcos Cesar de Souza. *Hermenêutica Jurídica: A Relação de consumo na Sociedade*. UFF, Niterói. 2019.

MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios*, Rio de Janeiro, Atlas, 2017.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*; tradução, Luiz Antônio de Oliveira de Araújo, São Paulo, Ed. Unesp, 2017.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações. Investigando sobre a natureza e suas causas*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo, Nova Cultural, 1996, pg. 287.

## DARK PATTERNS: VOCÊ ESTÁ SENDO MANIPULADO!

**Simone de Oliveira Souza**

Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN/UFF)

Universidade Federal Fluminense

[simonesouza@id.uff.br](mailto:simonesouza@id.uff.br)

**Fernando Gama de Miranda Netto**

Professor Associado do Departamento de Direito Processual da UFF

Membro dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos,  
Negócios e Instituições

(PPGDIN/UFF); e Sociologia e Direito (PPGSD/UFF)

[fernandojuris@yahoo.com.br](mailto:fernandojuris@yahoo.com.br)

Resumo: Constata-se atualmente o avanço tecnológico e o crescimento das relações de consumo no ambiente virtual. Paralelamente, há a possibilidade de se analisar e identificar padrões comportamentais por meio da inteligência artificial. No entanto, técnicas tendenciosas são utilizadas em interfaces para manipular os consumidores, dificultando a sua autonomia na tomada de decisão. Nesta ordem de ideias, surge a questão dos "dark patterns", uma técnica de design que manipula os usuários de forma subconsciente para que tomem decisões que vão contra os seus próprios interesses. Como a informação clara e a transparência nas relações de consumo são um direito básico, é necessário frear o uso dessas técnicas, pois

elas violam garantias fundamentais de proteção ao consumidor. Por meio de uma revisão bibliográfica, este estudo embrionário propõe demonstrar o que são os dark patterns e quão comum é o seu uso, a preocupação quando combinado com a inteligência artificial e o tratamento regulatório que a União Europeia, o Reino Unido e o Brasil têm realizado para frear essas práticas.

Palavras-chave: Padrões obscuros, Consumidor, Regulação, União Europeia, Reino Unido, Brasil.

Abstract: There are currently technological advancements and a growth in consumer relationships in the virtual world. At the same time, it is possible to analyze and identify behavioral patterns through artificial intelligence. However, biased techniques are used in interfaces to manipulate consumers, making it difficult for them to make autonomous decisions. In this context, the issue of "dark patterns" arises, a design technique that manipulates users subconsciously so that they make decisions that are against their own interests. As clear information and transparency in consumer relationships are a basic right, it is necessary to curb the use of these techniques, as they violate fundamental consumer protection guarantees. The goal of this preliminary study is to demonstrate what dark patterns are, how widespread their usage is, the danger they entail when combined with artificial intelligence, and the regulatory measures that have been taken by the European Union, the United Kingdom, and Brazil to counter them.

Keywords: Dark patterns, Consumer, Regulation, European Union, United Kingdom, Brazil.

## INTRODUÇÃO

A influência que o consumidor sofre no mundo capitalista não é nenhuma novidade, porque é prática inerente ao marketing. Entretanto, vivemos em um momento em que a evolução da área tecnológica, notadamente pelo uso de inteligência artificial e técnicas de marketing, tem uma maior propensão de não apenas influenciar no comportamento do consumidor, mas também manipular as suas escolhas em maiores proporções.

Isso se dá pelo fato de a inteligência artificial (IA) não só ser escalável, bem como pelo fato de haver a possibilidade de segmentação de grupos ou pessoas de forma específica, não obstante a ausência de transparência em virtude da complexidade algorítmica. Cuida-se de um perigoso cenário no qual os consumidores sequer possuem consciência de estarem sendo manipulados, notadamente os mais vulneráveis.

A vulnerabilidade dos consumidores a essa influência se dá em virtude da enorme vantagem de informações obtidas por grandes empresas. Os dados coletados (BITENCOURT *et. al.*, 2022. p.17-18), somados às técnicas psicológicas aplicadas, permitem uma capacidade maior de convencimento de pessoas ou grupos para adquirir seus produtos ou serviços de forma crescente.

A questão da influência enganosa algorítmica pode se dar conscientemente, como uma das tarefas do próprio sistema de IA, por meio da identificação e exploração das vulnerabilidades das pessoas ou, ainda, em casos de aprendizado não-supervisionado, no qual o próprio algoritmo de autoaprendizagem coleta e incorpora dados que, ao final, acabam produzindo efeitos enganosos.

Essa ausência de transparência acaba por apontar ao mais comum caso de manipulação conhecido por “padrões obscuros”, ou “*dark patterns*” - designs de interface de usuário que beneficiam as empresas às custas do usuário.

O uso de *dark patterns* é um tema cada vez mais relevante em nosso mundo - mundo que se torna cada vez mais digital – e com o avanço da tecnologia, em especial da IA, fica cada vez mais fácil para as empresas conhecer e manipular o comportamento dos consumidores de maneira subconsciente.

Há variadas táticas utilizadas por empresas para enganar ou manipular os consumidores de maneira subconsciente. Esses padrões obscuros podem incluir desde a apresentação de informações de maneira confusa ou enganosa, até o uso de técnicas de persuasão psicológica para influenciar as decisões de compra dos consumidores.

Um dos padrões obscuros mais eficazes de conversão joga com o senso de escassez das pessoas para forçá-las a tomar uma determinada decisão. Os usuários sentem que não têm tempo para

pesquisas adicionais e precisam tomar sua decisão naquele exato momento. São truques aplicados para fazer com que um consumidor se comporte de uma maneira que elenão pretendia.

Outro padrão obscuro muito comum diz respeito ao gerenciamento dos dados dos usuários, como é o caso do Facebook. O gerenciamento de privacidade é notoriamente difícil, uma vez que o esclarecimento acerca do que a empresa pode fazer com as informações pessoais de um usuário estão localizadas nos Termos de Serviço, o que basicamente ninguém lê, até porque possui uma compreensibilidade um tanto complexa.

Por outro lado, pensar em algoritmos treinados para analisar e identificar padrões de comportamento dos consumidores para fins de manipulá-los, tende a tornar mais eficaz a aplicação dos *dark patterns*.

Além disso, a IA também pode ser usada para personalizar as mensagens e ofertas exibidas aos consumidores de acordo com suas preferências e comportamentos anteriores, o que pode ser altamente persuasivo e influenciar suas decisões de compra. Isso pode ser feito por meio da coleta de dados (BINICHESKI *et. al.*, 2022, p. 130) de usuários e da utilização de técnicas de aprendizagem de máquina para prever e influenciar seus comportamentos.

Sem a pretensão de esgotar o tema, ainda não muito enfrentado no Brasil, a presente pesquisa bibliográfica tem o condão

de trazer à reflexão a questão do direito à informação clara e precisa, frente a manipulação na tomada de decisão dos consumidores, sobretudo a partir do uso de *dark patterns*, somados à inteligência artificial, e a forma como tais manipulações vêm sendo tratadas juridicamente pela União Européia, Reino Unido e Brasil.

#### DA GARANTIA FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO

A era digital na qual estamos inseridos, acarretou mudanças drásticas no cotidiano consumerista. A facilidade com que as ofertas chegam até nós, já conhecendo as nossas preferências, é quase mágica. Basta simplesmente falar em algum assunto próximo a um *smartphone* que, quase instantaneamente, aparecem inúmeras propagandas a respeito. A questão é simples: o fato de estarmos constantemente conectados, faz com que nossos comportamentos sejam monitorados,<sup>542</sup> e deles se extraiam padrões por alguma ferramenta tecnológica.

Em se tratando de relações consumeristas, há que se ter em conta a proteção legal conferida, notadamente pela vulnerabilidade, não necessariamente financeira, que a via tecnológica fomenta em

<sup>542</sup> Para aprofundamento no tema: RODOTÁ, S. “A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje”. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

proporções muito maiores. Claudia Lima Marques (2016, p. 156) alerta para esse fato ao asseverar que:

Estas novas tecnologias de comunicação, aliadas ao chamado marketing direto ou agressivo, acrescentaram a vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor novos problemas, como a crescente internacionalidade de relações, antes simples e nacionais, como a compra de livros ou de utilidades domésticas. Se esta internacionalidade aumenta a oferta disponível aos consumidores, também aumentam seus riscos, e a distância física pode causar insegurança quanto as informações, a qualidade e as garantias para este contrato.

É desta insegurança nas informações hiper dimensionada pela distância, de que trata a autora, que precisamos aprofundar. O direito à informação e o direito à transparência são fundamentais nas relações de consumo, porque permitem aos consumidores a tomada de decisões informadas e justas sobre os produtos e serviços que adquirem. Mostram-se especialmente importantes em um mercado cada vez mais complexo e competitivo, no qual os consumidores podem ter dificuldade em comparar diferentes opções e entender os termos e condições das ofertas.

Essa conectividade premente no mundo moderno, na qual dados insuficientes sobre o produto ou serviço são capazes de influenciar no processo decisório de compra, evidencia, de um lado, a vulnerabilidade informacional do consumidor, mas, de outro, repercute na observação das normas protetivas.

O direito à informação está preconizado nos artigos 6º, III e 31 do CDC, sendo, pois, garantia fundamental da pessoa humana, consoante dicção expressa do art. 5º, XIV, da Constituição Federal. Tais regras impõem aos fornecedores de produtos e serviços o dever de entregar informações claras e precisas sobre seus produtos e serviços, aqui abrangidas suas características, benefícios e preços, a permitir, deste modo, que os consumidores compreendam o que estão adquirindo e façam escolhas conscientes e informadas.

O direito à informação se traduz na obrigação de estar disponível qualquer informação relativa ao produto ou serviço posto à disposição, com a finalidade de proporcionar ao consumidor a certeza de conhecer efetivamente o que está adquirindo, como representação de confiança na ausência de intenção lesiva (LOBO, 2000). Não se pode olvidar que o maior fator de desequilíbrio da relação entre fornecedores e consumidores, reside no fato de que os primeiros são os verdadeiros detentores da informação. Por conseguinte, a presunção da vulnerabilidade informacional confere ao fornecedor o dever de compensar este fator de risco na sociedade (MARQUES, 2016, p. 339).

O princípio da transparência reforça o dever de informação. Como um dos pilares da Política Nacional de Relações de Consumo, previsto no artigo 4º, CDC, o dever de informar se desdobra em dever de honestidade e clareza dos fornecedores sobre suas práticas comerciais sobre os termos e condições das ofertas que fazem aos consumidores. Além disso, há o dever de divulgar quaisquer conflitos de interesse ou práticas comerciais enganosas que possam influenciar a decisão do consumidor.

Informação e transparência transmutam-se em dever do fornecedor e em direito do consumidor, notadamente para fins de tomada de decisão, por parte deste, de consumir ou não o produto ou serviço ofertado, sem se deparar com surpresas indesejadas (BERNARDO, et.al, 2022, p.97). Somente diante do acesso a informações corretas, precisas e completas sobre aquilo que lhes é oferecido, a escolha do consumidor poderá ser consciente e justa. Direito que deve ser respeitado e protegido e vem protegido ainda pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD que será tratada em outro momento.

A facilidade que a tecnologia trouxe de encontrar e comprar produtos e serviços online, permitiu que os consumidores satisfaçam seus desejos de compra com facilidade e rapidez. No entanto, o que se tem visto são compras induzidas por recomendações fornecidas, a partir da coleta de dados e análise de padrões comportamentais, voltadas a manipular a autonomia da decisão. No campo das relações de consumo, como alertam Bastos e Miranda (2020),

As novas tecnologias, utilizando-se de indivíduos altamente vulneráveis, não só captam seus dados, como rastreiam seu comportamento online com a finalidade de descobrir suas fraquezas de consumo, para depois comercializá-las. O que o consumidor desconhece é que, na realidade, não está satisfazendo seus desejos, mas sim os desejos de lucro de empresas privadas que, num ambiente ainda desregulado, estão determinando e induzindo o comportamento de consumo dos indivíduos.

Ao aliarmos as tecnologias às técnicas de marketing é possível identificar o quanto a transparência e a informação clara podem estar violadas, e, ainda pior, podem manipular a tomada de decisão dos consumidores.

Nos tempos atuais, com o avanço da tecnologia e com as relações consumeristas pactuadas de maneira online, a exposição do consumidor a propagandas enganosas e à manipulação por mecanismos imperceptíveis, faz com que cada vez mais se torne necessária a fiscalização no cumprimento do dever de informar e facilitar a compreensão e acesso à informação, vez que essa transparência tornará possível o direito de escolha e autonomia do consumidor.

#### MARKETING AGRESSIVO E ALGORÍTMOS INTELIGENTES: ADUPLA DINÂMICA

O marketing mudou! Ao longo do tempo e das necessidades de mercado, vimos o marketing centrado no produto, depois no consumidor, até chegarmos ao marketing centrado no ser humano e sua adaptação à economia digital e às mudanças nas relações de consumo. Segundo Kotler:

O marketing centrado no ser humano ainda é a chave para desenvolver a atração da marca na era digital, já que marcas com uma personalidade humana serão possivelmente mais diferenciadas. O processo começa liberando as ansiedades e os desejos mais profundos

dos consumidores. Requer uma escuta empática e uma pesquisa imersiva naquilo que se conhece como antropologia digital. Uma vez que o lado humano dos consumidores foi revelado é hora de as marcas também revelarem o seu lado humano. As marcas precisam desenvolver atributos humanos capazes de atrair consumidores e desenvolver conexões de pessoa a pessoa (2017, p. 160).

Como se verifica, o marketing hoje não se restringe a uma comunicação voltada apenas para vender. O objetivo final a ser alcançado, para além da venda, é a conexão entre a marca a seus usuários. Nesse sentido, duas áreas do design se destacam e se entrelaçam para o alcance do objetivo, a UX – *User Experience* e a UI – *User Interface*<sup>543</sup>.

A UI ou interface de usuário, se refere ao modo como um produto ou serviço é apresentado ao usuário. Seu objetivo é tornar o produto ou serviço fácil e intuitivo a partir de elementos como o layout, botões, texto e imagens com os quais o usuário interage. Já a UX ou experiência do usuário, se volta à experiência geral que uma pessoa tem ao interagir com um produto ou serviço. Nela estão inclusos elementos como a usabilidade, acessibilidade e prazer que uma pessoa experimenta ao usar o produto ou serviço.

A busca pelo conhecimento do usuário, para fins de fazer com que uma melhor experiência seja vivida, aperfeiçoa-se com o uso de ferramentas tecnológicas, notadamente algoritmos inteligentes. Por isso, há o investimento cada vez maior em *softwares* que utilizam

<sup>543</sup> Para aprofundamento veja NORMAN, Donald A. “Design emocional: por que adoramos (ou detestamos) os objetos do dia-a-dia”. Trad. Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2008. Cesar Ricardo; SARMENTO, Camila Freitas. “Experiência do usuário” (UX) [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaber, 2021.

técnicas de inteligência artificial (IA)<sup>544</sup> para realizar tarefas que normalmente exigiriam habilidades humanas de raciocínio e tomada de decisão.

Existem vários tipos diferentes de algoritmos inteligentes, dentre os quais redes neurais, árvores de decisão e algoritmos genéticos (RUSSEL & NORVIG, 2013, cap. 18, n.p.). Cada um desses tipos de algoritmos funciona de maneira diferente e é adequado para tarefas específicas. Por exemplo, as redes neurais são excelentes para reconhecimento de padrões e classificação de dados, enquanto as árvores de decisão são úteis para tomar decisões baseadas em conjuntos de regras.

No entanto, os algoritmos inteligentes também apresentam alguns desafios e preocupações, sendo a principal delas a questão da

<sup>544</sup> De forma resumida, inteligência artificial é um campo de estudo da ciência da computação cujo objetivo é criar algoritmos que imitem o funcionamento do cérebro humano. A inteligência artificial (IA) possibilita que máquinas aprendam com experiências, se ajustem a novas entradas de dados e performem tarefas como seres humanos. A maioria dos exemplos de IA sobre os quais você ouve falar hoje – de computadores mestres em xadrez a carros autônomos – dependem de *Deep learning* e processamento de linguagem natural. Com essas tecnologias, os computadores podem ser treinados para cumprir tarefas específicas ao processar grandes quantidades de dados e reconhecer padrões nesses dados. Para aprofundamento veja RUSSELL, Stuart Jonathan; NORVIG, Peter. “Inteligência artificial”. tradução Regina Célia Simille. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; LEE, Kai-Fu. “Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos”. Tradução Marcelo Barbão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019.

transparência e compreensão dos resultados gerados por esses algoritmos, já que eles podem ser difíceis de interpretar devido à sua complexidade. Além disso, há preocupações com a ética (UNESCO, 2020) e a segurança, vez que os algoritmos inteligentes podem ser usados de maneira incorreta ou abusiva.

Perceber o impacto que a utilização da IA nas organizações e na vida das pessoas tem é fundamental, principalmente na identificação dos princípios éticos dessa aplicação (PITEIRA et.al, 2019).

Dessa forma, no contexto de um marketing centrado no ser humano, a etnografia digital (FERRAZ, 201, p. 52) pode ser utilizada como uma metodologia eficaz para identificar as ansiedades e os desejos ocultos dos indivíduos, ainda mais com o apoio de IA, o que vem sendo explorado pelas empresas em proveito próprio.

Como demonstrado por Cathy O’Neil (2020, p. 68), a questão é que o proveito alcançado pelas empresas vem, em muitos casos, acompanhado de técnicas afastadas do caráter ético. Ela descreve o quanto somos classificados e, ao mesmo tempo, o tanto que nossas preferências e padrões servem de base para campanhas publicitárias e permitem identificar com precisão pessoas e as suas necessidades, geralmente mais fáceis de serem alcançadas por promessas falsas ou exageradas.

A autora ilustra o quanto essas publicidades podem ser perniciosas, a partir de algumas denúncias feitas em relação a práticas exercidas por faculdades americanas com fins lucrativos, dentre as quais, o instituto de treinamento profissional, *Vatterott College*. Segundo O’Neil:

Um relatório de 2012 do comitê do Senado sobre faculdades com fins lucrativos descreveu o manual de recrutamento da *Vatterott*, que soa como diabólico. Ele direciona os recrutadores a mirar em “Mãe no seguro-desemprego com filhos. Moças grávidas. Recém-divorciada. Baixa autoestima. Emprego de baixa renda. Passou por perda recente na família. Tenha sofrido maus tratos físicos ou psicológicos. Prisão recente. Em recuperação por uso de drogas. Trabalho sem perspectivas - sem futuro”. Por que especificamente estavam mirando nessas pessoas? Vulnerabilidade vale ouro.

E para mostrar o quão vulnerável são os consumidores, no ano de 2010, Harry Brignull(2011), consultor independente de *User Experience Design*, cunhou o termo *dark patterns* (padrões obscuros) para descrever táticas usadas em design de interface de usuário que são projetadas de maneira a enganar ou persuadir os usuários na tomada de decisão. Ademais, criou o *darkpatterns.org*,<sup>545</sup> um site dedicado a identificar e eliminar interfaces com padrões obscuros tendentes a enganar e manipular seus usuários. O objetivo de Harry é o de melhorar web para todos.

---

<sup>545</sup> O site mudou de nome e, atualmente, pode ser acessado pelo link: <https://www.deceptive.design/>

Estas interfaces incluem práticas como esconder informações importantes, estimular erros que beneficiem a empresa, e ocultar feedback negativo, ressaltando apenas boas avaliações. *Dark patterns* atentam contra a ética. São projetados para beneficiar o provedor do serviço, em detrimento do usuário, e são frequentemente usados para coletar dados pessoais, vender produtos ou serviços e, ainda, manipular os usuários de alguma forma.

## DARK PATTERNS E A EXPONENCIALIDADE PELA IA

O direito à transparência, como visto, é um dos principais pilares do relacionamento entre empresas e consumidores. É a garantia de que as informações relevantes sobre um produto ou serviço estarão disponíveis de maneira clara e precisa, permitindo que o consumidor tome decisões informadas e conscientes.

Entretanto, nem sempre tais normas traduzem a realidade. Uma prática cada vez mais comum, com vistas a alcançar um melhor resultado, é a utilização de *dark patterns* ou padrões obscuros. Técnicas de design que manipulam os usuários de forma subconsciente para tomarem decisões que vão contra os seus próprios interesses (LUGURI *et. al.*, 2022, p. 44). São padrões projetados de maneira a tornar difícil para que o usuário perceba o que está acontecendo ou como optar por não participar.

Brignull (2011) alerta para o fato de que todos os princípios, diretrizes e métodos utilizados pelos designers éticos para projetar sites acessíveis, podem ser facilmente manipulados para beneficiar os empresários em detrimento dos usuários.

É relativamente fácil utilizar o conhecimento da psicologia humana de maneira a explorar as vulnerabilidades das pessoas. À guisa de exemplo, podemos pensar como percepção psicológica o princípio da aprovação social trazido por Robert Cialdini (2012).]: “quando consideramos um comportamento adequado em dada situação na medida em que o vemos ser seguido pelos outros”.

Dito princípio, aplicado eticamente, deixará os feedbacks sem edição, de modo a permitir que clientes reais compartilhem suas experiências para que possam fazer avaliações pré-compras precisas. Por outro lado, aplicado de maneira enganosa, exibirá com destaque o feedback positivo e enterrará o feedback negativo para que seja difícil de encontrar (BRIGNULL, 2011).

Diante desse cenário, acrescente a inteligência artificial (IA). Por um lado, pode ser benéfica para detectar e prevenir esses padrões obscuros, analisando o comportamento dos usuários em uma plataforma e identificando padrões suspeitos. Entretanto, quando utilizada para criá-los, a partir de algoritmos inteligentes cuja finalidade é a de prever como os usuários irão reagir a diferentes estímulos e, em seguida, aplicar tais previsões para manipulá-los, o resultado tornar-se-á mais eficiente.

O uso de inteligência artificial (IA) para criar interfaces enganosas pode aumentar significativamente o alcance e a eficácia dessas técnicas de manipulação. Isso ocorre porque a IA analisa grandes quantidades de dados em tempo real, além de poder prever, com precisão, como os usuários irão reagir a diferentes estímulos. Logo, permite aos criadores de *dark patterns* gerarem experiências altamente personalizadas e enganosas.

Ademais, a IA também pode ser usada para automatizar a criação e o envio de *dark patterns* em larga escala, o que amplia ainda mais seu alcance. Significa dizer que, com o uso de IA, é possível manipular milhões de usuários de forma eficiente e em tempo real, o que pode ter consequências graves em termos de privacidade e tomada de decisão.

Um estudo realizado em 2020 detalhou três experimentos relevantes em relação à vulnerabilidade na tomada de decisão humanas diante de sistemas de IA (DEZFOULI *et. al.*, 2020, p. 29223). A primeira consistia em várias tentativas que, em cada uma das quais, os participantes escolhiam entre as caixas à esquerda e à direita de suas telas para ganhar uma moeda falsa. Ao final de cada tentativa, os participantes eram informados se a sua escolha acionava a recompensa.

O sistema de IA foi treinado com dados relevantes para aprender os padrões de escolha dos participantes e ficou encarregado de atribuir a recompensa em uma das duas opções em cada tentativa e para cada participante. Havia uma restrição: a recompensa deveria ser atribuída um número igual de vezes para a opção esquerda e

direita. O objetivo do sistema de IA era induzir os participantes a selecionar uma opção de alvo específica (a opção à esquerda, por exemplo). Ao final, a IA teve uma taxa de sucesso de 70% em orientar os participantes para a escolha do alvo pretendido pelo próprio sistema.

No segundo experimento, os participantes foram solicitados a assistir a uma tela e pressionar um botão quando um determinado símbolo fosse mostrado a eles e não o pressionar quando fosse mostrado outro. O sistema de IA foi encarregado de organizar a sequência de símbolos de forma que um número maior de participantes cometesse erros. Conseguiu um aumento de quase 25% (DEZFOULI *et. al.*, 2020, p. 29225).

A Inteligência artificial possui um enorme potencial de prever, com alto grau de precisão, padrões em vários segmentos, inclusive características dos consumidores. Quando usada para identificar padrões obscuros e analisá-los com precisão, permite que empresas ajustem as suas estratégias de marketing. No entanto, também pode levar a abusos e má utilização da tecnologia, de maneira a prejudicar os consumidores, ao invés de ajudá-los.

Para Brignull (2011) “remover padrões obscuros de qualquer site envolve um ato de fé”. É preciso mudança de mentalidade no sentido de ao invés de uma visão quantitativa a curto prazo, investir num crescimento mais lento e constante que valorize qualitativamente como imagem da marca, credibilidade e confiança.

Georgious Petropoulos, pós-doutor pelo *MIT Initiative on the Digital Economy*, concentra a sua pesquisa nas implicações das tecnologias digitais na inovação, política de concorrência e mercados de trabalho, e alerta para uma ameaça potencial da IA em termos de manipulação do comportamento (2022).

Pouco estudada, as estratégias de marketing manipulativas, em combinação com a coleta de enormes quantidades de dados para sistemas algorítmicos de IA, tendem a expandir consideravelmente as capacidades do que as empresas podem fazer para direcionar os usuários a escolhas e que tenham comportamentos que garantam maior lucratividade.

Nesse sentido, as empresas digitais podem moldar a estrutura e controlar o tempo de suas ofertas, tal como direcionar os usuários no nível individual com estratégias de manipulação que são muito mais eficazes e difíceis de detectar.

Para o pesquisador, a manipulação pode assumir várias formas: a exploração de preconceitos humanos detectados por algoritmos de IA, estratégias viciantes personalizadas para consumo de bens (*online*) ou aproveitar o estado emocionalmente vulnerável de indivíduos, para promover produtos e serviços que combinam bem com suas emoções temporárias.

A manipulação muitas vezes vem acompanhada por táticas de design inteligentes, estratégias de marketing, publicidade predatória e personalização de valores, com base em avaliações comportamentais discriminatórias, fitando a orientação dos usuários à escolhas

inferiores que podem ser facilmente monetizadas pelas empresas que empregam algoritmos de IA. Uma característica subjacente comum dessas estratégias é que elas reduzem o valor - econômico - que o usuário pode obter dos serviços *online* para aumentar a lucratividade das empresas (Petropoulos, 2022).

Como se pode observar, é importante que os consumidores estejam conscientes - o que se dá por meio da transparência, de informações claras sobre a ferramenta e da ausência de técnicas que mitiguem a autonomia da decisão - não apenas de estarem lidando com um sistema de IA, mas da existência de padrões obscuros, a fim de saber como identificá-los e, principalmente, como evitá-los.

Por outro lado, há de destacar a necessidade premente de que empresas e governos tomem medidas para regulamentar e controlar o uso de IA na criação e projeção desses padrões obscuros, vez que manipula e viola a autonomia da decisão do consumidor.

Os tipos mais usuais de dark patterns

Vimos que *dark patterns* ou padrões obscuros são estratégias utilizadas por empresas para manipular o comportamento dos consumidores de forma a obter benefícios e que tais estratégias podem ser usadas em conjunto com a inteligência artificial (IA) para aumentar sua eficácia.

*Dark patterns* são técnicas de design que são usadas de maneira maliciosa para manipular o comportamento do consumidor. Essas técnicas são projetadas de forma a dificultar que o consumidor tome decisões informadas e conscientes, levando-o a tomar decisões que beneficiem o vendedor, exclusivamente.

Uma das formas mais comuns de *dark patterns* é a utilização de Botões de ‘comprar agora’ ou de ‘concordar e continuar’ são um recurso recorrente e podem ser colocados em posições destacadas e com cores chamativas para que os consumidores cliquem sem ler as condições do contrato (LOMAS, 2018). Vermelho é frequentemente usado em botões de compra porque é uma cor que é associada à urgência e à emoção, o que pode levar o consumidor a agir impulsivamente.

Outra técnica comum é a utilização de "*opt-out*" ao invés de "*opt-in*" para assinaturas de serviços adicionais, o que pode levar os consumidores a serem cobrados por serviços que eles não desejam (DEARIE, 2021)

As empresas também podem utilizar técnicas psicológicas para manipular o comportamento dos consumidores. A utilização de escassez artificial (CIALDINI, 2012, cap. 7) serve para criar a sensação de urgência e fazer com que os consumidores comprem produtos que eles talvez não desejassem, se tivessem tempo para refletir a respeito, como o uso de contagem regressiva falsa (CALONGA *et. al.*, 2022). Interessante estudo realizado (BARTON *et. al.*, 2022, p. 752) aponta para o fato de que a escassez nem sempre aponta para o resultado ‘compra’. Entretanto, assinala que os efeitos

da escassez são amplificados quando os consumidores são expostos repetidamente e, portanto, são mais propensos a perceber a sugestão de escassez.

A utilização de desativação rígida, é outro padrão obscuro usual, que torna quase impossível o usuário sair de uma situação, geralmente um serviço de assinatura. O processo de saída é muito complicado e exige muito esforço (CARA, 2019, p. 107). Exemplo clássico é o "*button hiding*", em que o botão para cancelar a assinatura de um serviço é colocado em uma posição difícil de ser encontrado, o que dificulta a desistência do serviço por parte do consumidor.

Outra técnica comum é o uso de linguagem enganosa ou confusa em termos e condições de uso (CARNEIRO, 2020) que podem incluir cláusulas de isenção de responsabilidade escondidas em letras pequenas, ou termos técnicos que são difíceis de entender para o consumidor médio, de forma a levá-lo a aceitar condições desfavoráveis sem saber com o que está concordando.

Essas práticas são particularmente prejudiciais em um contexto de crescente dependência de serviços *online* e de constante exposição a anúncios e ofertas. É importante que os consumidores estejam cientes desses padrões e saiba como identificá-los a fim de tomar decisões informadas para assegurar seus direitos.

Muito embora o uso de *dark patterns* possa beneficiar as empresas no curto prazo, a longo prazo pode gerar desconfiança e

descontentamento entre os consumidores e acabar por abalar a reputação da empresa. Portanto, é crucial a adoção de práticas comerciais éticas e transparentes em detrimento do uso de técnicas de manipulação em suas interações com os consumidores.

De toda sorte, é fundamental que as autoridades responsáveis pela regulação do mercado tomem medidas para coibir o uso de *dark patterns* e garantam que as empresas se comportem de maneira transparente e ética em suas relações com os consumidores. Isso pode incluir a imposição de multas e outras penalidades para aqueles que os utilizam.

#### DARK PATTERNS NA UNIÃO EUROPEIA, REINO UNIDO E BRASIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS ABORDAGENS REGULATÓRIAS

##### União Européia

A manipulação do consumidor por meio dos *dark patterns* é tema cada vez mais relevante na atualidade, não apenas pelo aumento da utilização da tecnologia como pela necessidade de tomar decisões de compra em ambientes digitais.

A questão dos padrões obscuros vem ganhando destaque no âmbito regulatório e legislativo, tanto pela União Europeia quanto pelo Reino Unido. Recentemente, foi introduzida na União Europeia uma proibição expressa de padrões obscuros por meio da Diretiva de

Serviços Digitais (*Digital Services Act - DSA*), adotada em outubro de 2022. Enquanto no Reino Unido, o tema tem sido intensificado por meio das Autoridades Regulatórias, não só no âmbito consumerista como, também, no setor de Concorrência e Mercados.

Na União Europeia, o uso de *dark patterns* com IA é abordado pela Diretiva de Proteção de Dados (GDPR)<sup>546</sup>, que entrou em vigor em 2018, a qual estabelece regras para a coleta, uso e armazenamento de dados pessoais, incluindo a exigência de consentimento explícito e informado dos consumidores antes de seus dados serem coletados e utilizados.

Ademais, a GDPR também inclui disposições sobre o direito dos consumidores de serem informados acerca de como seus dados são utilizados e de retirar seu consentimento a qualquer momento<sup>547</sup>, o que pode ser relevante no caso de *dark patterns* com IA, já que os consumidores devem ser devidamente informados e devem ter a possibilidade de optar por não ser manipulados dessa maneira.

<sup>546</sup> Acesse a GDPR <https://gdpr-text.com/pt/read/>

<sup>547</sup> Art. 7º Article 7 GDPR. Conditions for consent. 3. The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. Prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof. It shall be as easy to withdraw as to give consent. Disponível em <https://gdpr-text.com/pt/read/article-7/>

O Conselho Europeu de Proteção de Dados<sup>548</sup> (EDPB, 2022, p. 8-10), recentemente, recomendou práticas para designers e usuários de plataformas de mídia social sobre como avaliar e evitar os chamados “*dark patterns*” em interfaces que infrinjam os requisitos do GDPR.

As diretrizes pautadas na aplicação do artigo 5º da GDPR - responsabilidade, transparência, lealdade - fornecem exemplos concretos de tipos de padrões obscuros, apresentam as melhores práticas para diferentes casos de uso e contém recomendações específicas para designers de interfaces de usuário que facilitam a implementação efetiva do GDPR.

A Diretiva de Serviços Digitais (DSA)<sup>549</sup> se aplica a todos os serviços digitais que conectam consumidores a bens, serviços ou conteúdo, impondo novas obrigações para as plataformas online com o objetivo de reduzir os danos e riscos decorrentes de sua utilização, além de proteger os direitos dos consumidores e estabelecer uma nova estrutura de transparência e responsabilidade para essas plataformas, conforme estabelecido pela Diretriz do Conselho Europeu de Proteção de Dados (EDPB).

<sup>548</sup> Denominação original *European Data Protection Board*.

<sup>549</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020PC0842>

A dicção do artigo 23 da DSA (2022, P. 186) sobre padrões obscuros, segue no sentido de determinar que os provedores de plataformas *online* não devem projetar, organizar ou operar suas interfaces de forma que possam enganar ou manipular os destinatários de seus serviços, ou, ainda, de outro modo, que distorça ou prejudique materialmente a capacidade dos destinatários de tomarem decisões livres e informadas.

Embora a proibição reste definida na lei, ela não especifica os tipos de padrões obscuros que serão considerados violadores e alcançados pela proibição do artigo retro mencionado. O que se espera é que a orientação, ao menos, inclua dar mais destaques a certas escolhas em detrimento de outras, quando um consumidor precisar tomar uma decisão; solicitar reiteradamente que o consumidor faça uma escolha já feita, nomeadamente quando são utilizados *pop-ups* e torne mais difícil encerrar um serviço do que assiná-lo (SOILLEUX-MILLS *et. al*, 2022).

#### Reino Unido

Embora não existam leis no Reino Unido que façam referências especificamente a padrões obscuros, não se pretende dizer com isso que tais atividades possam ser usadas livremente sem preocupação. A depender de como uma determinada atividade é realizada, uma série de leis e regras podem ser violadas ainda que indiretamente.

A autoridade de concorrência e mercados (*Competition and Markets Authority* - CMA), publicou um relatório (2022) em abril deste ano onde estabeleceu uma taxonomia das práticas de arquitetura de escolha online<sup>550</sup> (*Online Choice Architecture* - OCA). De acordo com o site do governo do Reino Unido, a OCA pode não só afetar as escolhas do consumidor, como a concorrência entre empresas, vez que se trata do ambiente no qual as pessoas interagem, incluindo a apresentação e a colocação de escolhas e o design de interfaces.

Dois artigos foram publicados pela CMA sobre a OCA: um apresentando debate sobre como o desenho digital pode prejudicar a concorrência, bem como os consumidores, intitulado 'documento de discussão' (CMA, 2022-A); e outro fornece um resumo detalhado das crescentes evidências acadêmicas e regulatórias que permite ajudar a catalogar e diferenciar várias práticas de OCA, intitulada 'revisão de evidências' (CMA, 2022-B).

Dentre as discussões levantadas nos artigos se apresentam como relevantes as interações entre o uso de OCA e sistemas algorítmicos avançados (CMA, 2021). A discussão travada sobre esta área se pauta na busca de compreensão acerca de como os algoritmos podem reduzir a concorrência e prejudicar os consumidores, o que se traduz em padrões obscuros. O foco da CMA tem sido o impacto que

<sup>550</sup> Apesar de definirmos padrões obscuros como técnicas de design que são usadas de maneira maliciosa para manipular o comportamento do consumidor, o Reino Unido utiliza o termo mais amplo chamado arquitetura de escolha online.

os padrões obscuros podem ter nas leis de concorrência e proteção ao consumidor.

No que toca ao consumidor, a autoridade de concorrência e mercados tem por base as práticas comerciais desleais que são proibidas pelo Regulamento de Proteção ao Consumidor contra Práticas Comerciais abusivas<sup>551</sup> de 2008 (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* - CPUR). O consumidor é protegido por regras de publicidade e de privacidade de dados, na forma do código de publicidade não-televisiva<sup>552</sup> do Reino Unido (Código CAP - *CODE OF NON-BROADCAST ADVERTISING*), além de incidir a GDPR e o Regulamento Geral de proteção de dados do Reino Unido.

Ainda sobre o Reino Unido, a Autoridade de Padrões de Publicidade ou Conselho de Publicidade (*ASA - Advertising Standards*

<sup>551</sup> As Regulamentações de Proteção do Consumidor contra Práticas Comerciais Abusivas (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations*, ou CPUR) são um conjunto de regras estabelecidas pelo governo do Reino Unido com o objetivo de proteger os consumidores de práticas comerciais abusivas ou enganosas. Elas visam garantir que os consumidores tenham informações claras e precisas sobre os produtos e serviços que estão sendo oferecidos, e que possam tomar decisões de compra baseadas em informações confiáveis e honestas. Veja <https://www.gov.uk/government/publications/consumer-protection-from-unfair-trading-regulations-traders>

<sup>552</sup> No Reino Unido, o termo "non-broadcast" se refere a qualquer tipo de publicidade que não é transmitida através de rádio ou televisão. Isso inclui anúncios em jornais, revistas, outdoors, placas de publicidade, mídias sociais, sites de internet e outras formas de publicidade não-televisiva.. Veja [https://www.asa.org.uk/type/non\\_broadcast/code\\_folder/scope-of-the-code.html](https://www.asa.org.uk/type/non_broadcast/code_folder/scope-of-the-code.html)

*Authority*<sup>553</sup>) emitiu uma nota de orientação (2022), no início deste ano, sobre padrões obscuros e como estas técnicas se submeter à regulamentação de publicidade. À guisa de ilustração, em novembro deste ano, o CMA anunciou o início de investigação que tinha por finalidade examinar se o grupo “*Emma Sleep*” enganou os consumidores com o uso de reivindicações de urgência utilizando-se de cronômetros de contagem regressiva. Ao fazer o anúncio, a CMA (2022-A) alertou:

O anúncio de hoje marca o início de um novo programa de trabalho de fiscalização do consumidor focado na chamada arquitetura de escolha online e destinado a combater práticas de venda online potencialmente prejudiciais, incluindo táticas de vendas sob pressão como reivindicação limitadas por tempo. [...] a CMA usará todos os seus poderes para garantir que as práticas de vendas enganosas sejam combatidas de todos os ângulos.

Isso demonstra a probabilidade que mais investigações da CMA ocorram daqui pra frente, notadamente pelo fato de o governo do Reino Unido, no início deste ano, ter apresentado novas regras

---

<sup>553</sup> O Conselho de Publicidade (Advertising Standards Authority, ou ASA) é uma organização independente no Reino Unido responsável por monitorar e regulamentar a publicidade em todas as mídias. suas atividades incluem avaliar queixas sobre anúncios, fazer cumprir as regras e diretrizes estabelecidas pelo Código de Publicidade e promover a responsabilidade social na publicidade. Veja <https://www.asa.org.uk/>

(CMA, 2022-B) que aumentaram os poderes da CMA, sendo-lhe permitido aplicar diretamente multas extremamente altas de até 10% do volume de negócios anual global, por violações à lei do consumidor.

Um estudo apresentado em 2020 (NOUWENS *et. al*) apontou, a partir da coleta dos designs, das cinco plataformas de gerenciamento de consentimento mais populares nos 10.000 principais sites do Reino Unido, que padrões obscuros e consentimento implícito são onipresentes e apenas 11,8% atendiam aos requisitos mínimos, com base na legislação europeia.

Outra pesquisa (Padrões obscuros e personalização manipuladora) realizada (LUPIÁÑEZ- VILLANUEVA *et. al*, 2022) para fins de compor o relatório final da Comissão Europeia sobre práticas comerciais abusivas no ambiente digital, revelou que os padrões obscuros são predominantes e cada vez mais utilizados, e não apenas por grandes plataformas. Além disso, mostrou que 97% dos sites e aplicativos mais populares usados pelos consumidores da UE implantaram pelo menos um padrão obscuro.

Brasil

No Brasil, ainda não há legislação específica sobre o uso de *dark patterns* em conjunto com a IA, o que pode tornar difícil a

proteção dos consumidores em relação a tais práticas, já que as autoridades reguladoras podem ter dificuldade em detectar e punir as empresas que se debruçam sobre essas técnicas.

Apesar de não haver uma regra específica sobre padrões obscuros, o Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos básicos do consumidor no artigo 6º, incluindo a divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços, a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, a informação clara e adequada e a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, entre outros.

Ademais, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, embora também ausente a tratativa expressa aos *dark patterns*, seguiu os moldes da lei europeia, e alude no artigo 6º, os princípios norteadores que podem ser aplicados contra práticas que venham a prejudicar os titulares de dados, tais como a transparência e boa-fé. Nesse sentido alerta Guilherme Martins (*et. al.*, 2022, p. 34):

Os fundamentos da LGPD estão previstos no artigo 2º, cuja disposição remetem a comandos constitucionais que estão diretamente envolvidos ao tratamento de dados pessoais. Tem-se que esses fundamentos são desdobrados em princípios (finalidade, adequação, necessidade, livre acesso aos dados por parte dos titulares, qualidade dos dados, transparência e não discriminação) no artigo 6º da LGPD.

Insta destacar, ainda, a previsão do artigo 8º, §3º da lei em comento, o qual veda o tratamento de dados pessoais que tenham sido obtidos mediante o vício de consentimento. Isso significa que não é permitido o processamento de dados pessoais de indivíduos cujo consentimento tenha sido obtido de forma enganosa, fraudulenta ou ilícita.

Note-se que a violação desta regra pode ser aplicada contra práticas de padrões obscuros, vez que técnicas utilizadas para influenciar o comportamento do consumidor de maneira subliminar ou dissimulada, sem que ele tenha pleno conhecimento ou compreensão dos termos da transação.

A Agência Nacional de Proteção de Dados - ANPD, também deu um passo nessa direção com a edição do Guia orientativo “Cookies e proteção de dados pessoais” em outubro deste ano (LOPES *et. al.*, 2022). O guia tem por objetivo promover a cultura da proteção de dados

pessoais no ambiente digital, incentivando a adoção de práticas transparentes, que garantam maior compreensão e controle dos titulares sobre o uso de seus dados pessoais.

Ao analisar o contexto dos três países, há de salientar que, muito embora não exista lei específica sobre *dark patterns*, as legislações existentes são passíveis de serem aplicadas e, os órgãos regulatórios estão trabalhando para garantir que os consumidores sejam protegidos de tais práticas enganosas e manipuladoras.

Todavia, a dificuldade de identificação dos padrões obscuros e a falta de fiscalização podem permitir que as empresas continuem a utilizar *dark patterns* para manipular os consumidores. É importante que haja uma fiscalização efetiva, um trabalho de conscientização e uma aplicação rigorosa de sanções para garantir que os direitos dos consumidores sejam protegidos e que a manipulação através de *dark patterns* seja coibida.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo examinar os padrões obscuros, técnicas de marketing que visam influenciar o comportamento do consumidor de maneira subliminar ou dissimulada, sem que este tenha pleno conhecimento ou compreensão dos termos da transação.

A partir de uma revisão de literatura, o estudo analisou as principais características e consequências dos padrões obscuros, bem como as medidas de proteção e regulação existentes para garantir a transparência e a segurança dos consumidores na era digital.

Os resultados apontam que os padrões obscuros podem gerar e gerar prejuízos para os consumidores, como violação de privacidade e diminuição da liberdade de escolha. É importante que os consumidores estejam atentos a essas práticas.

Além disso, a inteligência artificial (IA) pode ser utilizada para criar interfaces enganosas que aumentam significativamente o alcance e a eficácia dos padrões obscuros, permitindo aos criadores gerarem experiências altamente personalizadas e enganosas.

Embora a IA também possa ser usada para detectar e prevenir os padrões obscuros, é preciso que haja uma mudança de mentalidade por parte das empresas no sentido de valorizar um crescimento mais lento com uma visão qualitativa, além de uma regulação eficaz para garantir a transparência e a segurança dos consumidores na era digital.

A preocupação com o uso de *dark patterns* na manipulação de consumidores tem crescido na União Europeia, Reino Unido e Brasil. Na União Europeia, a Diretiva de Serviços Digitais (DSA) proíbe expressamente o uso de *dark patterns*, enquanto a Diretiva de Proteção de Dados (GDPR) inclui disposições sobre o direito dos consumidores de serem informados sobre como seus dados são usados e de retirar o consentimento a qualquer momento. O Conselho Europeu de Proteção de Dados (EDPB) também recomendou práticas para evitar *dark patterns* em plataformas de mídia social que infrinjam os requisitos da GDPR.

No Reino Unido não há leis específicas que abordem práticas de "padrões obscuros", mas algumas atividades relacionadas a esses padrões podem violar leis e regulamentos indiretamente. A Autoridade de Concorrência e Mercados (CMA) publicou um relatório em abril de 2022 sobre a arquitetura de escolha online (OCA) e seu impacto nas escolhas dos consumidores e na concorrência entre

empresas. A CMA tem se concentrado especialmente no impacto dos padrões obscuros nas leis de concorrência e proteção ao consumidor.

Para as empresas, o uso de padrões obscuros pode violar regras de publicidade e leis de privacidade de dados, como o Código CAP (Código de Publicidade Não-Televisiva) do Reino Unido, bem como o Regulamento Geral de Proteção de Dados e a GDPR (Regulamento Geral de Proteção de Dados).

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) protege os consumidores de práticas comerciais enganosas, mas não há leis específicas que abordem especificamente os padrões obscuros. No entanto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) tem realizado esforços para garantir a proteção dos dados pessoais dos consumidores e a transparência nas práticas de coleta e uso de dados.

## REFERÊNCIAS

LOPES, Alexandra Krastins; VARGAS, Andressa Giroto; OLIVEIRA, Davi Tófilo Nunes de; MAIOLINO, Isabela; BARBOSA, Jeferson Dias; CARVALHO, Lucas Borges de; GUEDES, Marcelo Santiago; MORAES, Thiago. “Guia orientativo: Cookies e proteção de dados pessoais”. ANPD. 2022. Brasília/DF. Disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>> Acesso em 05/12/2022.

ASA. UK. “Use of data for marketing” CAP Code, Section 10. Disponível em

<<https://www.asa.org.uk/type/non-broadcast/code-section/10.html>> Acesso em 10/12/2022.

BARTON, Belinda; ZLATEVSKA, Natalina; OPPEWAL, Harmen. “Scarcity tactics in marketing: A meta-analysis of product scarcity effects on consumer purchase intentions”. In Journal of Retailing, Vol. 98, Issue 4, 2022, Pages 741-758, p. 752. Disponível em

<<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0024435922000434>> Acesso em 14/11/2022.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; MIRANDA, Cristina Pires Teixeira de. “Sociedade em Rede, Novas tecnologias, Privacidade, Consumo e Vulnerabilidade: Necessidade de Proteção Eficiente do Consumidor no Ambiente das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação”. Direito do consumidor digital. Capítulo 1. n.p. Coords.: Dennis Verbicaro, Loiane Verbicaro, Janaína Vieira. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Epub.

BERNARDO, Klebson Felismino; SANTOS, Andressa da Silva; SANTOS JUNIOR, Astério; BENTO, Letícia de Oliveira. “A vulnerabilidade do consumidor no uso da comunicação personalizada: dados versus invasão de privacidade”. P2P E Inovação, v. 8, n. 1, p. 93–110, 2021. Disponível em:

<<https://revista.ibict.br/p2p/article/view/5665>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BINICHESKI, Paulo Roberto; MARTINS, Plínio Lacerda; SILVA, Sarah Fernandes Araújo Da. “O dilema entre privacidade e acesso a tecnologias digitais na sociedade da informação”. *In* Inteligência Artificial e dados pessoais [Livro eletrônico]. Orgs. Plínio Lacerda Martins, Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Marcos César de Souza Lima. 1ª Ed. Rio de Janeiro: IDPP, pp 122-144, 2022.

BITENCOURT, Alice Maria Corrêa Lopes; FRESE, Sofia Gomes; MARTINS, Plínio Lacerda Martins. “Como a LGPD pode resguardar os dados sensíveis tratados por inteligência artificial: Um estudo sobre a ação dos programas de processamento de dados em massa (Big Data)”. *In* Inteligência Artificial e dados pessoais [Livro eletrônico]. Orgs. Plínio Lacerda Martins, Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Marcos César de Souza Lima. 1ª Ed. Rio de Janeiro: IDPP, pp 12-30, 2022.

BRASIL. “Código de Defesa do Consumidor”. Lei 8.078/90. Disponível em

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)> Acesso em 13/11/2022.

“Lei

Geral

de

Proteção

de

Dados”.

Lei

13.709/2018.

Disponível

em

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm)> Acesso em 13/11/2022.

BRIGNULL, Harry. “Dark Patterns: Deception vs Honesty in UI Design”. *In* A List Apart, 01 nov 2011. Disponível em <<https://alistapart.com/article/dark-patterns-deception-vs-honesty-in-ui-design/>> Acesso em 04/11/2022.

CALONGA, Luiz Octavio Lanssoni; SOARES, Carla Danielle M.; MELO, Thiago Coelho de.; MACHADO, Luciano Marchi. “Pensa que me Engana, eu Finjo que Acredito: Padrões Obscuros sob a Perspectiva do Usuário”. XLVI Encontro da ANPAD - EnANPAD 2022 On-line - 21 - 23 de set de 2022

2177-2576

versão

online.

Disponível

em

<<http://anpad.com.br/uploads/articles/120/approved/8a88d5f412f2ad376f8597d28cbd3720.pdf>> Acesso em 28/11/2022.

CMA. Gov-UK, “CMA investiga práticas de venda online com base em alegações de urgência”. 30 de novembro de 2022-A. Disponível em <<https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-online-selling-practices-based-on-urgency-claims>> Acesso em 05/12/2022.

. “Novas regras para proteger o dinheiro suado dos consumidores”. Abr/2022-B. Disponível em <<https://www.gov.uk/government/news/new-rules-to-protect-consumers-hard-earned-cash>> Acesso em 05/12/2022.

CARA, Corina. “Dark Patterns in the media: a systematic review”. In Network Intelligence Studies, Volume VII. Issue 14, 2019. pp. 105-113. Disponível em

<[https://www.researchgate.net/publication/341105338\\_DARK\\_PATTERNS\\_IN\\_THE\\_MEDIA\\_A\\_SYSTEMATIC\\_REVIEW](https://www.researchgate.net/publication/341105338_DARK_PATTERNS_IN_THE_MEDIA_A_SYSTEMATIC_REVIEW)> Acesso em 28/11/2022.

CARNEIRO, Ramon Mariano. “Li e aceito”: violações a direitos fundamentais nos termos de uso das plataformas digitais”.

Internet

&

Sociedade.

nº.

1,

v.

1,

fev/2020.

Disponível

em

<<https://revista.internetlab.org.br/li-e-aceitoviolacoes-a-direitos-fundamentais-nos-termos-de-uso-das-plataformas-digitais/>> Acesso em 23/09/2022.

CIALDINI, Robert B. “As armas da persuasão: Como influenciar e não se deixar influenciar.” [E-Recurso eletrônico]. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

CMA. Gov-UK. “Research and analysis Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers”.

2022-A.

<[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1066524/Online\\_choice\\_architecture\\_discussion\\_paper.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1066524/Online_choice_architecture_discussion_paper.pdf)> Acesso em 10/12/2022.

“Evidence Review of Online Choice Architecture and Consumer and CompetitionHarm”.

2022-B.

<[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1069423/OCA\\_Evidence\\_Review\\_Paper\\_14.4.22.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1069423/OCA_Evidence_Review_Paper_14.4.22.pdf)> Acesso em 05/12/2022.

(CMA. GOV-UK. Research and analysis Algorithms: How they can reducecompetition

and

harm

consumers,

Jan/2021,

Disponível

em

<<https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers#executive-summary>> Acesso em 05/12/2021.

DEARIE, K. J. “Opt In vs. Opt Out”. In Termly. September 28, 2021. Disponível em

<<https://termly.io/resources/articles/opt-in-vs-opt-out/>>

Acesso em 01/12/2022.

DEZFOULI, A.; NOCK, R.; DAYAN, P. “Adversarial vulnerabilities of human decision-making”. PNAS. November 17, 2020. vol. 117, n.º. 46, pp. 29221–29228, p. 29223, Disponível em

<<https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2016921117>>

Acesso em 24/08/2022.

DIAS, L. B.; AZEVEDO, D. do C. “A proteção do consumidor em face da publicidade abusiva e enganosa”. *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação*, 8(5), 2290–2309. Disponível em <<https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/5654/2189>> Acesso em 14/10/2022.

DSA. “Position of the European Parliament of 5 July 2022”. EP-PE\_TC1-COD (2020)0361. 2022. Disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TC1-COD-2020-0361\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TC1-COD-2020-0361_EN.pdf)> Acesso em 19/11/2022.

ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI. Comissão Europeia, 2018. Disponível em

<<https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html>> Acesso em 18/08/2020.

EUROPEAN COMMISSION. “Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)”. Adopted act: 2022. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020PC0842>> Acesso em 19/11/2022.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. “Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them”. Versin 1.0, 2022. Disponível em

<[https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb\\_03-2022\\_guidelines\\_on\\_dark\\_patterns\\_in\\_social\\_media\\_platform\\_interfaces\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_03-2022_guidelines_on_dark_patterns_in_social_media_platform_interfaces_en.pdf)>

Acesso

em 24/11/2022.

FERRAZ, Cláudia Pereira. “A etnografia digital e os fundamentos da Antropologia para estudos em redes on-line”. *Aurora: revista de arte, mídia e política*, São Paulo, v.12, n.35, p. 46-69, jun.-set. 2019. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/44648>> Acesso 28/04/2021.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. Marketing 4.0. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

LEAL, Janayna Souto; BALDANZA, Renata Francisco; SOARES NETO, João Batista; DANTAS, Bruna Lourena de Lima. “Olá, posso te ajudar?”: inteligência Artificial e a vulnerabilidade do consumidor. Rev. Adm. FACES Journal Belo Horizonte, v.20, n.4, pp. 28-40, Out. /Dez. 2021. Disponível

em

<<http://revista.fumec.br/index.php/facesp/article/view/8718#:~:text=Logo%2C%20este%20ensaio%20busca%20debater,de%20informa%C3%A7%C3%B5es%20para%20as%20organiza%C3%A7%C3%B5es>> Acesso em 14/03/2022.

LEE, Kai-Fu. “Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos”. Tradução Marcelo Barbão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “A informação como direito fundamental do consumidor”. *in* Conferência proferida na Cerimônia de abertura do 3º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor do Centro do Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 10.11.2000. Disponível em <<https://www.sedep.com.br/artigos/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/>> Acesso em 08/05/2021.

LOMAS, Natasha. “WTF is dark pattern design?” In TC – Tech Crunch. July 1, 2018. Disponível em

<<https://techcrunch.com/2018/07/01/wtf-is-dark-pattern-design/>> Acesso 10/11/2022.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Processo virtual, transparência e Accountability”. In Inteligência Artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Coords. Dierle Nunes [et. al.]. Salvador: Editora JusPodivm. 2021. pp. 597 a 611.

LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. “Shining a Light on Dark Patterns”. In Journal of Legal

Analysis,

Vol.

13,

Ed.

1,

2021,

Páginas

43–109.

Disponível

em

<<https://academic.oup.com/jla/article/13/1/43/6180579?login=false>> Acesso em 14/09/2022.

LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, Francisco; BOLUDA, Alba; BOGLIACINO, Francesco; LIVA,

Giovanni; LECHARDOY, Lucie; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. “Estudo comportamental sobre práticas comerciais desleais no ambiente digital: padrões obscuros e personalização manipuladora: final relatório”. Comissão Europeia, Direção-Geral de Justiça e Consumidores. Serviço de Publicações da União Europeia, 2022. Disponível em

<<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en>> Acesso em 29/11/2022.

MARQUES, Cláudia Lima. “Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais”. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães; TELES, Carlos André Coutinho; TOSTES, Eduardo Chow De Martino. “A Responsabilidade Civil do médico no tratamento de dados à luz da LGPD”. In *Inteligência Artificial e dados pessoais* [Livro eletrônico].

Orgs. Plínio Lacerda Martins, Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Marcos César de Souza Lima. 1ª Ed. Rio de Janeiro: IDPP, pp 31-43, 2022.

NORMAN, Donald A. Design emocional: por que adoramos (ou detestamos) os objetos do dia-a-dia. Trad. Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2008.

NOUWENS, Midas; LICCARDI, Ilaria; VEALE, Michael; KARGER, David; KAGAL, Lalana. 2020. “Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence”. In *Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '20)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 1–13. Disponível em

<<https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3313831.3376321>> Acesso em 29/09/2022.

O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça à democracia. Trad. Rafael Abraham. 1ª ed. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

PETROPOULOS, Georgious. “The dark side of artificial intelligence: manipulation of human behaviour”, *Bruegel Blog*, 2 February, 2022, Disponível em <<https://www.bruegel.org/blog-post/dark-side-artificial-intelligence-manipulation-human-behaviour>> Acesso em 03/09/2022.

PITEIRA, M.; APARICIO, M.; COSTA, C. J. “A ética na inteligência artificial: Desafios”. In 14th Iberian Conference on Information Systems and Technologies (CISTI). Ed. Rocha, A., Pedrosa, I., Cota, M. P. and Goncalves, R. (Ed.) 2019. Coimbra: IEEE. Disponível em <[https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/25453/1/article\\_60896.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/25453/1/article_60896.pdf)> Acesso em 24/09/2021.

RODOTÁ, S. “A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje”. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

RUSSELL, Stuart Jonathan; NORVIG, Peter. “Inteligência artificial”. tradução Regina Célia Simille.

– Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SOILLEUX-MILLS, Anna; VENDAS, Tim; ALASDAIR, Cordeiro. CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang LLP. LEXOLOGY. “The growing regulatory scrutiny around “dark patterns” and an update on consumer law reforms in the UK”. Nov/2022. Disponível em

<<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=143eff1a-8800-47f0-8f65-e882da762ce7#:~:text=In%20the%20EU%2C%20an%20express,was%20adopted%20in%20October>>

<[%202022](#)> Acesso em 10/12/2022.

STATI, Cesar Ricardo; SARMENTO, Camila Freitas. Experiência do usuário (UX) [livro eletrônico]. Curitiba: InterSabercs, 2021.

UK.GOV. “The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations”. nº 1277, 2008. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/contents/made>> Acesso 27/11/2022.

UNESCO. “Outcome document: first draft of the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence”. 2020. Disponível em <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434>> Acesso em 14/10/2021.

VICENTE, João Paulo. DADOCRACIA, Os padrões escuros do design. Democracia by Data PrivacyBrasil. Podcast. Ep. 47. Disponível em

<<https://open.spotify.com/episode/2zLmCIIWqS95rXhG3z8NJW>> Acesso em 08/10/2022.

**FRAUDES EM BOMBAS DE GÁS NATURAL:  
ESTUDO DE CASOS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE  
COMBUSTÍVEIS NO ESTADO DO RIO DE  
JANEIRO**

**Mariana Boechat da Costa**

Doutoranda em Sociologia e Direito pela UFF, RJ/BR;

Mestre em Direito e Desenvolvimento na Universidade  
Candido Mendes, RJ/BR

[marianaboechat@id.uff.br](mailto:marianaboechat@id.uff.br)

**Luciana Picanço de Oliveira Brandolin**

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios pela UFF,  
RJ/BR;

Mestre em Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade pela  
UNIRIO, RJ/BR;

Professora na Escola de Direito Hélio Alonso – FACHA, Rio  
de Janeiro, RJ/BR;

[lucianapicanco@id.uff.br](mailto:lucianapicanco@id.uff.br)

**RESUMO**

A pesquisa propõe o estudo de casos sobre a distribuição de combustíveis no Estado do Rio de Janeiro, considerando as fraudes ocorridas nos postos de combustíveis localizados nas Zonas Norte e Oeste do Estado, e em Niterói – diante da fiscalização realizada pelo Procon Estadual do Rio de Janeiro nos meses de agosto e setembro de 2022. Inicialmente, serão aprofundados os institutos introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor para a proteção do vulnerável em contratos de prestação de serviços, tendo em vista a desigualdade entre os polos contratantes. Em seguida, a relação consumidor-fornecedor será avaliada à luz do novo cenário, resultante da pandemia de Coronavírus e seus impactos multifacetários nos contratos de consumo. Com a introdução de conceitos de direito econômico e proteção ao consumidor, será realizado um estudo de casos ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, onde os agentes fiscalizadores observaram a adulteração de combustíveis e, conseqüentemente, cometendo crime de consumo e crime contra a administração pública. O cenário em comento será observado sob dois aspectos: a violação de direitos fundamentais do consumidor e o aspecto econômico – com o aumento exorbitante da precificação de combustíveis, as perdas decorrentes da pandemia e a necessidade de redução de custos sem, contudo, violar as regras da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478 de 1997). Por fim, será aprofundada a responsabilidade civil dos agentes econômicos pela adulteração de bombas de combustíveis, à luz Das práticas abusivas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Petróleo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Fraudes de combustíveis; Proteção ao consumidor.

#### ABSTRACT

The research proposes the study of cases on the distribution of fuels in the State of Rio de Janeiro, considering the frauds that occurred in the gas stations located in the North and West Zones of the State – observed in an inspection carried out by Procon in the months of August and September 2022. Initially, the institutes introduced by the Consumer Protection Code for the protection of the vulnerable will be deepened, in view of the inequality between the contract parts. Then, the consumer-supplier relationship will be evaluated considering the new scenario from the Coronavirus pandemic and its multifaceted impacts on consumer contracts. With the introduction of concepts of Economic Law and consumer protection, a study will be carried out in the State of Rio de Janeiro, where inspection agents observed the adulteration of fuels and, consequently, committing a crime of consumption and a crime against the public administration. The scenario under discussion will be observed from two aspects: the violation of fundamental consumer rights and the economic aspect - with the exorbitant increase in fuel prices, the losses resulting from the pandemic and the need to reduce costs without, however, violating the rules of Brazilian Petroleum Law. Finally, the civil liability of economic agents for tampering with fuel pumps will be deepened, considering the abusive practices of the Consumer Protection Code and the Petroleum Law.

KEYWORDS: Consumer Law; Fuel fraud; Consumer protection.

#### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, nos moldes do art. 5º, XXXII, consagrou a proteção jurídica do consumidor, incorporando em suas normas programáticas a tendência do Direito Público moderno. De igual modo, o art. 170, inciso V da Carta Política eleva a defesa do consumidor a princípio geral da ordem econômica. Com o intuito de materializar a mencionada proteção jurídica, em 11 de setembro de 1990 veio à lume a lei nº 8.078 – conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O supracitado diploma legal constitui-se em uma poderosa ferramenta de cidadania. Normas de proteção são estabelecidas em favor da parte mais vulnerável de uma relação de consumo – o consumidor. Isso se dá devido ao forte desequilíbrio da relação contratual entre o fornecedor e o consumidor, impondo, assim, a implementação de medidas capazes de estabelecer um equilíbrio entre esses mesmos sujeitos. A *ratio essendi* do Código de Defesa do Consumidor é declarar a sua vulnerabilidade, por ser considerado o polo mais fraco da relação.

Nesse sentido, a presente pesquisa propõe o estudo de casos sobre a distribuição de combustíveis no Estado do Rio de Janeiro, considerando as fraudes ocorridas nos postos de combustíveis localizados nas Zonas Norte e Oeste do Estado, e em Niterói – diante da fiscalização realizada pelo

Procon Estadual do Rio de Janeiro nos meses de agosto e setembro de 2022. Para tanto, será necessário analisar os conceitos de direito econômico em consonância com o Código de Defesa do Consumidor. Ademais, será destrinchado os crimes de consumo e contra a administração pública. Em decorrência disso, será aprofundada a responsabilidade civil dos agentes econômicos pela adulteração de bombas de combustíveis, à luz Das práticas abusivas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Petróleo.

O art. 39 do Código de Defesa do Consumidor elenca as práticas abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços. Constata-se, nesse cenário, o ápice da vulnerabilidade sofrida pelo consumidor na relação de consumo, pois ele encontra-se em uma situação de desvantagem, caracterizada por um ato ilícito, qual seja – o abuso de direito.

Nas palavras de Leonardo Garcia (2010, p. 248), o ato abusivo é constituído pela ausência da boa-fé e da lealdade perante “um direito subjetivo lícito atribuído ao titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico”, ocasionando, ou não, lesão a outrem. Em outras tintas, significa dizer, que o fornecedor, por meio de um ato fraudulento gera prejuízos aos consumidores que de boa-fé acreditam na medição/litragem do combustível. É configurada, desse modo, uma prática abusiva administrativa prevista no CDC e constitui crime contra as relações de consumo.

Quanto a responsabilidade civil do revendedor em fraudes na bomba de gasolina, mesmo que não envolvido de modo direto, ele responde perante o consumidor nos moldes do art. 12 do CDC. Isso ocorre porque quando o CDC se refere ao fornecedor ele não difere os participantes que

desenvolvem atividades de produção, distribuição ou revenda. Dessa forma se o consumidor for lesado em razão de fraudes na bomba de gasolina poderá acionar todos os envolvidos na cadeia de distribuição.

A pesquisa proposta é qualitativa, sob o método dedutivo analítico, com análise de documentos de fontes primárias, tais como documentos, livros, artigos, jornais e revistas, sob a hipótese de que a supressão ao direito de arrependimento do consumidor, em período de alta instabilidade, aliado à limitação de sua autonomia da vontade, aumento de sua vulnerabilidade e isolamento social, contrariam os preceitos constitucionais de defesa do consumidor, haja vista sua recepção pela Carta de 1988 como direito fundamental, essencial à sua dignidade como pessoa humana.

#### O DIREITO ECONÔMICO E O PODER DE POLÍCIA DAS AGÊNCIAS FISCALIZADORAS

O direito econômico teve origem na década de 1920, após a primeira guerra mundial. É conhecido como o ramo do Direito que tem o objetivo de regulamentar as atividades econômicas ocorrentes do mercado, definindo parâmetros e limites para as empresas públicas e privadas, por intermédio de uma política econômica de concretização de ditames e princípios constitucionais. Nas palavras de Iedo Batista Neves (1997, p. 811), o direito econômico é considerado como o “conjunto de regras que protegem as relações de ordem

jurídica que resultam da produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas”.

As regras do direito econômico encontram-se amparadas constitucionalmente. O art. 170 da Constituição Federal de 1988, como forma de preservar e concretizar direitos, adotou a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais, a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, a defesa dos interesses dos consumidores e o princípio da ordem econômica e financeira.

O conjunto de preceitos jurídicos que, garantindo os elementos de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização da economia, constituindo uma determinada ordem econômica. Seu conteúdo não se restringe ao texto constitucional. Está nas normas jurídicas que regem o sistema e nos princípios básicos das instituições econômicas (NAZAR, 2009, p. 49).

Denota-se, assim, a consagração de uma economia de mercado pautada em uma natureza capitalista, embora não se negue a prioridade aos valores do trabalho humano com vistas a alcançar à justiça social. Logo, a liberdade econômica não possui um cunho absoluto, sendo garantida até onde o fundamento e a finalidade da ordem econômica não sejam ameaçados.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a questão elementar referente ao conflito distributivo da remuneração do trabalho e do capital. Thomas Piketty entende que a desaceleração demográfica, bem como a desaceleração do crescimento econômico contribuem para a piora na distribuição de renda. Sendo assim, com a chegada do século XXI, observa-se que a estrutura de renda e riqueza dos países estão contribuindo para que os rendimentos e a remuneração do capital avancem, entretanto, as taxas de crescimento econômico tendem a encolher.

(...) a evolução dinâmica de uma economia de mercado e de propriedade privada, deixada à sua própria sorte, contém forças de convergência importantes, ligadas sobretudo à difusão do conhecimento e das qualificações, mas também forças de divergências vigorosas e potencialmente ameaçadoras para nossas sociedades democráticas e para os valores de justiça social sobre os quais elas se fundam. (PIKETTY, 2014, p. 692)

A Magna Carta de 1215, nos moldes do art. 5º, XXXII, consagrou a proteção jurídica do consumidor, incorporando em suas normas programáticas a tendência do Direito Público moderno, in verbis: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. No mesmo sentido, o art. 170, inciso V da Carta Política eleva a defesa do

consumidor a princípio geral da ordem econômica. Com o intuito de materializar a mencionada proteção jurídica, em 11 de setembro de 1990 veio à lume a lei nº 8.078 – conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O supracitado diploma legal constitui-se em uma poderosa ferramenta de cidadania. Normas de proteção são estabelecidas em favor da parte mais vulnerável de uma relação de consumo – o consumidor. Isso se dá devido ao forte desequilíbrio da relação contratual entre o fornecedor e o consumidor, impondo, assim, a implementação de medidas capazes de estabelecer um equilíbrio entre esses mesmos sujeitos. A *ratio essendi* do Código de Defesa do Consumidor é declarar a sua vulnerabilidade, por ser considerado o polo mais fraco da relação.

Diante disso, é imperioso destacar o prestígio que as garantias de defesa da figura constitucional do consumidor possuem no ordenamento jurídico, uma vez que, “numa sociedade capitalista como a nossa, inserida no contexto histórico do capitalismo moderno, passa a ser dever do Estado a sua proteção”. (CANOTILHO, 2013, p. 19.38)

O Código de Defesa do Consumidor é considerado um microssistema, pois a lei principiológica afasta toda e qualquer norma jurídica da mesma hierarquia que com ela conflite sem revogá-la. Nesse sentido, na lição de Sérgio Cavalieri Filho (2019, p. 359) o CDC possui uma “sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer

área do direito onde ocorrer uma relação de consumo”. Além disso, assume uma dimensão coletiva, visto que é composto por normas de ordem pública e de interesse social.

Dessa forma, o mencionado diploma legal, possui normas de ordem pública e de interesse social, portanto, versa sobre direitos indisponíveis, ensejando uma observância de ofício. Diante de um mundo globalizado e de uma sociedade absolutamente formada por relações contratualistas, o CDC visa à equiparação dos sujeitos que integram uma relação jurídica de consumo, com o fim de reconhecer a vulnerabilidade, *lato sensu*, do consumidor frente ao fornecedor.

Vale ressaltar, que coibir abusos é um dos objetivos do Direito Econômico, com fulcro a harmonizar os interesses dos sujeitos da atividade econômica presentes no mercado com os princípios constitucionais consagrados no art. 5º, XXXII (direito e garantia fundamental à defesa dos interesses dos consumidores), art. 170, IV e V (defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica) e no art. 173, § 4º (repressão ao abuso do poder econômico).

Nesse sentido foi implementada a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), órgão regulador do Governo Federal, caracterizada como uma autarquia sob regime especial a partir do Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998, embora já tivesse previsão na Lei nº

9.478, de 6 agosto de 1997 – Lei do Petróleo. A ANP atua na defesa do consumidor tanto de forma repressiva, aplicando sanções administrativas, quanto preventiva.

Art. 1º Fica implantada a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado, como órgão regulador da indústria do petróleo, nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. (BRASIL, Lei nº 9.478/97)

A partir da criação da ANP ficou instituído o fim do monopólio da Petrobrás e com isso, a abertura para o mercado nas atividades de pesquisa, exploração, produção e refino de petróleo/gás natural no país. Conforme a ANP “essas atividades continuaram a ser monopólio da União, mas passaram a poder ser exercidas por outras empresas, mediante concessão, autorização ou, mais tarde, contratação sob o regime de partilha de produção e com regulação e fiscalização da ANP”. (ANP, 2020)

Nos moldes do art. 2º, anexo 1 (da natureza e finalidade), do Decreto nº 2.455/1998, podemos destacar como principal função da Agência do Petróleo, Gás Natural e

Biocombustíveis a finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas.

A ANP tem por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de acordo com o estabelecido na legislação, nas diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e em conformidade com os interesses do País. (BRASIL, 1998)

Em 28 janeiro de 1999, o Decreto nº 2.953 passou a dispor sobre o procedimento administrativo para aplicações de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, estabelecendo assim as seguintes sanções administrativas: multa; cancelamento de registro do produto; suspensão de funcionamento de estabelecimento ou instalação; cancelamento do registro do estabelecimento ou instalação; revogação da autorização do exercício da atividade. Essas infrações podem ser aplicadas cumulativamente.

Art. 21. As infrações cometidas nas atividades a que se refere o art. 1º deste Decreto, sujeitarão os responsáveis às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

I - multa;

II - cancelamento do registro do produto junto à ANP;

III - suspensão de fornecimento de produtos;

IV - suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

V - cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação;

VI - revogação de autorização para o exercício de atividade.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente. (BRASIL, 1999)

Cumprе mencionar, que quanto ao combate de irregularidades, a ANP atua de forma de individual ou em cooperação com outros órgãos do Poder Público, por intermédio de acordos de cooperação técnica e operacional, ações conjuntas e forças tarefas. Outro ponto de destaque refere-se ao fato de a ANP promover, enquanto órgão regulador, a fiscalização com o intuito de educar e orientar os agentes econômicos do setor, além de prevenir e repreender condutas violadoras da legislação vigente (ANP, 2022).

## A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, publicada dois anos antes ao CDC, reconheceu a proteção ao consumidor como direito fundamental, estando a norma expressa em seus artigos 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” – e Art. 170. Assim, a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, CRFB88, Art. 170), obedecendo, entre outros, o princípio da defesa do consumidor.

Desse modo, a ordem econômica e financeira, conforme estabelecido no Título VII da Carta Magna, deverá observar a proteção do vulnerável, neste caso, o consumidor, que será tutelado pelo Estado, mediante a atuação de entes públicos como o Procon, a Delegacia do Consumidor e, no caso em estudo, a ANP. As diretrizes estabelecidas estão intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana<sup>1</sup>, conforme declara o jurista Gustavo Tepedino:

Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de

<sup>1</sup> Vide Constituição Federal de 1988, art. 1º e art. 5º, II, IV, XVII, XXII e XXIII.

submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. (TEPEDINO, 2004, p. 53)

O foco na dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária inserido na Carta Política, insere o indivíduo como a principal preocupação do Estado. Essa despatrimonialização do Direito, provocada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe a primazia do princípio da isonomia, a priorização da dignidade humana e a proteção de vulneráveis.

No ano de 1990 o Código de Defesa do Consumidor (CDC) entrou em vigor, com o objetivo de regulamentar as relações de consumo, determinando novas regras para as relações díspares fornecedor-consumidor – em consonância com o direito fundamental estabelecido pela Constituição.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor determinou sua incapacidade econômica, técnica ou jurídica – em relação aos fornecedores de produtos ou serviços. Em outras tintas, o consumidor não possui a mesma capacidade econômica que o fornecedor, nem tampouco o entendimento técnico sobre a atividade exercida. Sua capacidade jurídica é inferior à do empreendedor, que possui consultoria jurídica, entendimento das leis e poder sobre a redação das cláusulas do contrato de adesão.

A ausência de participação ativa da parte vulnerável na fase pré-contratual trouxe ao contexto social um desequilíbrio entre polos e a possibilidade de ensejar danos à parte vulnerável. Com a função de reequilibrar a relação contratual, o CDC criou diversas inovações, normas protetivas,

princípios e cláusulas gerais – elencaremos as mais significativas para o presente estudo.

Segundo a norma, o contrato de consumo deverá ser interpretado da forma mais benéfica ao vulnerável<sup>2</sup>, devido a utilização de contratos de adesão, preestabelecidos pelo fornecedor de produtos ou serviços. A elaboração dos termos contratuais de forma unilateral é limitada pelas seguintes regras: a informação dos termos contratuais<sup>3</sup> deve ser clara, transparente e informativa<sup>4</sup>; deverão ser utilizados grifos,

---

<sup>2</sup>BRASIL, CDC, Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

<sup>3</sup>BRASIL, CDC, Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

<sup>4</sup> O Princípio da Informação no contrato de consumo proíbe a utilização de termos indefinidos, estrangeiros, ambíguos ou técnicos, com a possibilidade de impedir que o consumidor compreenda o que será contratado. É necessário, para vinculação do consumidor, o preenchimento da cognoscibilidade, ou seja, do recebimento das informações e da real compreensão dos termos contratuais. Caso o consumidor não compreenda as cláusulas contratuais, estas poderão não o vincular – cabendo ao Poder

fontes maiores e sublinhados na redação de cláusulas limitativas do direito do consumidor<sup>5</sup> - que deverá ter ciência prévia dos termos contratuais, além de necessária sua concordância expressa em alterações posteriores<sup>6</sup>; deverá ser observada a subjetividade do consumidor na etapa pré-contratual, de modo a possibilitá-lo total compreensão dos termos da contratação, com análise prévia da conveniência e oportunidade da relação de consumo<sup>7</sup>, entre outras disposições.

O Código do Consumidor foi considerado uma norma inovadora à sua época, pois a aplicação dos termos do Código Civil e a responsabilização subjetiva do agente por vezes impossibilitavam a indenização do consumidor. A necessidade de comprovar a culpabilidade do fornecedor impedia o desincumbimento do ônus da prova,

---

Judiciário, a posteriori, analisar o preenchimento da cognoscibilidade do consumidor, observando a sua subjetividade, caso a caso.

<sup>5</sup> BRASIL, CDC, Art. 54. § 3 Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (...) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

<sup>6</sup> BRASIL, CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; (...)VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

desconfigurando a responsabilidade mediante culpa. A publicação do CDC trouxe a possibilidade e inversão do ônus probatório e o advento da responsabilidade objetiva do fornecedor faltoso.

Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade. (TEPEDINO, 2008, p. 64)

A autonomia da vontade no contrato de consumo é limitada à análise da conveniência da contratação e sua assinatura. Ao consumidor incumbe apenas a compreensão da oferta e negociação [não substancial] de termos específicos, limitando-se às disposições do contrato de adesão pré-estipulado.

Cumprido, portanto, ressaltar a importância de normas protetivas devido a autonomia limitada do consumidor, de modo que a liberdade da parte dominante não enseje em danos à parte vulnerável. Cumprido observar que o mesmo não procede quando figurarem partes iguais, não sendo aplicável o CDC.

A responsabilidade civil tradicional será utilizada sempre que o contrato privado contiver partes equânimes, com possibilidade de negociação e estabelecimento bilateral das cláusulas contratuais. Nessa hipótese é necessária ampla autonomia às partes, sendo considerado válido todo pacto que

não seja antijurídico, que contenha objeto determinado ou determinável, partes capazes e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme estabelece o artigo 104 do Código Civil de 2002<sup>8</sup>. No entanto, havendo relações díspares – onde, de um lado figura o fornecedor e, do outro, o consumidor (vulnerável), as normas protetivas do CDC deverão ser utilizadas, de modo a proporcionar a verdadeira isonomia entre as partes.

## 2. A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS, A GUERRA DA RÚSSIA E A ALTA DOS COMBUSTÍVEIS NO BRASIL

No dia 31 de dezembro de 2019 a comunidade internacional fora surpreendida com a divulgação oficial de que, na cidade de Wuhan, foram detectadas infecções por Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS). O governo chinês, no entanto, declarou que o referido vírus fazia parte de uma categoria conhecida já detectada, sendo desnecessárias medidas drásticas. Poucos dias após a declaração, o mundo se surpreendeu com o bloqueio das fronteiras de Wuhan, *lockdown* e isolamento de moradores objetivando a diminuição da curva de contaminação por uma mutação viral de alta letalidade, denominada Coronavírus.

---

<sup>8</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

O SARS-COV-2 (nomenclatura científica da doença) se disseminou de forma assustadora na China, vindo a atingir diversos países da Ásia e Europa. Inúmeros casos foram notificados imediatamente, tendo como características a severidade das infecções respiratórias, a necessidade de internação de pacientes e, em casos severos, sua intubação. A ausência de padrão detectável no início da contaminação e alto tempo de incubação do vírus o disseminou rapidamente à níveis mundiais.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o surto de Coronavírus como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional - o mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário global. Com a afirmação Internacional diversos países buscaram “aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus” (OPAS, 2020).

No mês de março de 2020 as autoridades brasileiras recomendaram a realização de quarentena e isolamento residencial de pessoas infectadas. Esta recomendação atendeu às medidas já adotadas na Europa – com maior número de vítimas fatais – na finalidade de reduzir a curva de contaminação. No entanto, ainda com as medidas restritivas e preventivas, o Coronavírus infectou milhares de brasileiros, muitos vindo a óbito antes de serem diagnosticados.

A imprevisibilidade da pandemia trouxe consigo questionamentos em diversas áreas, inclusive no Direito. A inexistência de lei nacional com previsão de procedimentos-padrão ocasionou impactos em diversas áreas sociais e econômicas. Como exemplo, podemos citar o disparo de

contratações ilegais, a falta de medicamentos em unidades do Sistema Único de Saúde, a superlotação de leitos de hospitais, o desequilíbrio econômico dos contratos de trato continuado, a ausência de consenso acerca do tratamento a ser adotado, entre outros.

A realização da quarentena, com a suspensão de atividades presenciais trouxe diversos impactos à economia. O alto grau de contaminação da doença gerou a suspensão temporária de atividades em 1,3 milhão em empresas (ABRIL, 06.01.2021) no primeiro semestre de isolamento, com conseguinte fechamento de 522,7 mil empreendimentos (ibidem). A redução de lucros empresariais gerou o aumento do índice de desemprego que, segundo dados do IBGE (BANCÁRIOSDF, 06.01.2021), esbarrou à taxa de 40% em seis meses, totalizando aproximadamente 14 milhões de desempregados.

A perda das fontes de renda aliada às incertezas políticas do país potencializou o desequilíbrio econômico-social, levando diversas questões ao Judiciário, responsável pela pacificação das pretensões individuais e coletivas, com o intuito de viabilizar a continuidade de milhares de contratos públicos e privados; e analisar as possibilidades de concessão de salvo conduto para descumprimento de contratos anteriores à pandemia.

Com o vasto declínio do lucro nas atividades empresariais, o país obteve impactos sem precedentes na economia, com aumento do desemprego em massa, falência de empresas, saída de multinacionais do país, entre outros. A alta instabilidade trouxe ao empreendedor a necessidade de inovar, virtualizar contratos de consumo, investir na realização de

propagandas digitais e reduzir os custos das operações. A máxima era evidente: “adaptar-se para sobreviver”.

Aos empresários que não conseguiram adaptação do negócio coube a extinção das atividades. Conforme supramencionado, no primeiro ano de pandemia, meio milhão de empresas interromperam o funcionamento por não suportarem os “custos pandêmicos”. Nesse instante ainda não havia iniciado a guerra russo-ucraniana. Aos empreendedores remanescentes novos ventos viriam.

Aos 23 de fevereiro do ano de 2022, Vladimir Putin ordenou a primeira invasão ao território ucraniano, iniciando uma guerra de proporções continentais e impactos econômicos mundiais. A Rússia é considerada líder mundial na prospecção de petróleo e gás natural. Sua produção anual é considerada a terceira maior do planeta – superada apenas pelos Estados Unidos da América, com produção de 16 milhões de barris ao ano e Arábia Saudita com produção de 11 milhões ao ano (IBP, 2020). Juntos, os três países representam em torno de 43% (quarenta e três por cento) da prospecção mundial (ibidem).

O país é o segundo maior produtor de gás natural no mundo, segundo o ranking de Maiores Produtores de gás natural do ano de 2021 (IBP, 2021), perdendo apenas para os Estados Unidos. De acordo com o Instituto Brasileiro de Petróleo (IBP, 2021), a produção russa totalizou 702 bilhões de metros cúbicos de gás natural no ano em comento. A soma dos recursos produzidos pelos dois países ultrapassa 40% da produção mundial, sendo a produção russa, sozinha, responsável por 17% do fornecimento global. Suas reservas minerais possuem valor bruto de US\$ 28 trilhões, com

estimativa de gás natural em 38 trilhões de metros cúbicos (Ibidem).

A baixa eficiência energética da União Europeia e a demorada transição às fontes renováveis ocasionou a dependência energética do continente, que importou, somente no ano de 2022, cerca de 29% do total de gás natural produzido no mundo – com estimativa de consumo de 360 bilhões de metros cúbicos por ano (IBP, 2022). A submissão europeia e a supremacia energética russa gerou um cenário de instabilidade política e econômica mundial atingindo, inclusive, países produtores de petróleo e gás natural.

Nova onda de recessão chegou ao Brasil, ainda em fase de recuperação aos impactos da Covid-19 – devido à instabilidade das relações internacionais e à alta do barril de petróleo em, aproximadamente, 35% (CASTRO, 2022). Aos 10 de março de 2022 a Petrobras anunciou o reajuste no preço do petróleo, aumentando em 18,8% o preço da gasolina e 24,9% o diesel (Ibidem).

Em um cenário com aumento de custos os empreendimentos utilizadores da *commoditie* foram diretamente afetados – principalmente em setores produtivos, com derivados de petróleo ou em atividades que necessitam de logística e, com isso, possuem alto consumo de combustíveis. O consumidor final também foi afetado. Os valores observados em bombas de combustíveis de postos locais demonstravam a litragem de gasolina em valor superior aos R\$8,00 em onze estados no mês de maio de 2022 (R7, 2022).

Com altos impactos econômicos, denúncias de fraudes em postos de combustíveis vieram à tona no segundo

semestre do presente ano – gerando a atuação das agências de proteção ao consumidor e da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Com o fulcro em demonstrar o ocorrido, será realizado, no tópico seguinte, um estudo de casos sobre as fiscalizações realizadas e a responsabilização dos agentes econômicos, que realizaram práticas abusivas, tais como a adulteração de bombas de combustíveis, a diminuição da litragem, e infrações correlatas.

#### A ADULTERAÇÃO DE BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS E O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONJUNTA ENTRE PROCON/RJ E ANP

Nos dias 14 e 15 de junho desse ano, o Procon Estadual do Rio de Janeiro (Procon-RJ) efetuou uma fiscalização em quatro postos de combustíveis localizados nas Zonas Oeste e Norte do Rio, e em Niterói. A operação foi uma ação conjunta realizada pela ANP, pela Secretaria Estadual da Defesa do Consumidor, pela Secretaria Estadual da Fazenda, pela Delegacia de Serviços Delegados da Polícia Civil, pelo Instituto de Pesos e Medidas e pela Naturgy. Em decorrência desta operação um estabelecimento foi totalmente interditado, ao passo que outros três tiveram as suas bombas de gasolina parcialmente lacradas.

O posto de gasolina localizado no bairro de Madureira foi interditado e teve todos os seus bicos de combustíveis lacrados pois não possuía notas fiscais indicando a origem dos combustíveis. Além disso, a empresa não possuía inscrição estadual regular e sua licença municipal de operação estava vencida desde o ano de 2019. Nas palavras de Cássio

Coelho, presidente do Procon-RJ “As fraudes trazem prejuízo para os consumidores e prejudicam também o estado do Rio de Janeiro. As empresas deixam de recolher os impostos devidos, o que atrapalha o desenvolvimento do estado.” (PROCONRJ, 2022)

Em contrapartida, nos postos vistoriados em Vaz Lobo e Niterói houve manipulação no sistema de distribuição de gás, o que poderia ocasionar explosões e riscos à saúde dos consumidores e funcionários do estabelecimento. Ademais, os agentes identificaram que todos os bicos de gás natural estavam irregulares. Isto é, a quantidade de gás indicada nas bombas não condiz com a quantidade real entregue ao consumidor. Por conseguinte, ambos os postos de combustíveis foram interditados. Rogério Amorim, secretário estadual de proteção e defesa do consumidor declarou: "Essas operações de fiscalização serão sistemáticas e constantes, pois tratam dos direitos à vida e segurança do consumidor, além do direito de receber um produto de acordo com o esperado. É preciso garantirmos os direitos dos consumidores e principalmente sua segurança." (PROCONRJ, 2022)

No presente caso não resta dúvidas que estamos diante de um ato abusivo, que é constituído pela ausência da boa-fé e da lealdade perante “um direito subjetivo lícito atribuído ao titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico” (GARCIA, 2010, p. 248), ocasionando, ou não, lesão a outrem. Significa dizer, que o fornecedor, por meio de um ato fraudulento gera prejuízos aos consumidores que de boa-fé acreditam na medição/litragem do combustível. É configurada, desse modo, uma prática abusiva administrativa e constitui crime contra as relações de consumo. Cumpre

mencionar que as práticas abusivas estão elencadas no art. 39, do CDC, no entanto, o rol é exemplificativo.

O Sistema Nacional de Defesa (SNDC) é uma infraestrutura protetiva do consumidor. Isto é, um conjunto de órgãos públicos e entidades privadas responsáveis direta ou indiretamente pela promoção de defesa do consumidor. Nesse sentido, os Procons foram criados como entidades ou órgãos estaduais e municipais de proteção ao consumidor, no âmbito das legislações competentes com o fim de fiscalizar as condutas infratoras, aplicar as penalidades administrativas cabíveis, orientar o consumidor quanto aos seus direitos, planejar a política de defesa do consumidor em suas áreas de atuação, entre outras funções.

A criação do Procon exige previsão legal (leis e decretos municipais ou estaduais) em que serão definidas as suas atribuições com base no art. 4º, do Decreto nº 2.181/97. Além do mais, o Procon oferece atendimento aos consumidores, preferencialmente, de modo presencial. Destaca-se que o atendimento aos consumidores pelo Procon dispensa a presença de advogado.

Art. 4º No âmbito de sua jurisdição e competência, caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, criado, na forma da lei, especificamente para este fim, exercitar as atividades contidas nos incisos II a XII do art. 3º deste Decreto e, ainda:

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de atuação;

II - dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas;

III - fiscalizar as relações de consumo;

IV - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei nº 8.078, de 1990, pela legislação complementar e por este Decreto;

V - elaborar e divulgar anualmente, no âmbito de sua competência, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 da Lei nº 8.078, de 1990 e remeter cópia à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça; (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012).

VI - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades. (BRASIL, 1997)

O Procon, no âmbito de sua competência e da legislação complementar, funciona como instância de instrução e julgamento, por meio de um regular procedimento administrativo. Este procedimento “é um conjunto de atos ordenados e estabelecidos em lei com o objetivo de subsidiar uma decisão motivada que conclua pelo acolhimento ou não de reclamação fundamentada pelo consumidor” (PROCONRJ). Desse modo é garantido uma maior transparência aos atos do Procon.

O exercício do poder de polícia administrativo é diferido conjuntamente a diversos órgãos da esfera da Federação, e os infratores estão sujeitos as sanções previstas no art. 56 do CDC, regulamentadas pelo Decreto nº 2.181/97. Entre as sanções aplicáveis, destaca-se: multa, apreensão do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, entre outras. Conforme o art. 18 do mencionado Decreto, aquele que por ação ou omissão, der causa à prática infratora, concorrer para a prática ou dela se beneficiar, poderá ser apenado pelas infrações administrativas contra as relações de consumo. Estas penalidades devem ser adotadas por decisões fundamentadas, levando-se em conta o que dispõe a lei e os ensinamentos dos tribunais. A função fiscalizatória e de intervenção no mercado em caso de lesão ao consumidor é um ato de extrema importância uma vez que previne a reincidência de danos aos consumidores. Cumpre ressaltar que o Procon é uma instituição que goza de alto grau de confiança, estando à disposição dos consumidores para fazer frente as suas demandas perante o fornecedor.

#### A RESPONSABILIDADE CIVIL DO DISTRIBUIDOR DE COMBUSTÍVEIS NA EXECUÇÃO DE PRÁTICAS ABUSIVAS SEGUNDO O CDC

A constitucionalização da proteção ao consumidor trouxe ao ordenamento jurídico o aprimoramento das garantias necessárias à não ocorrência do dano em contratos de

consumo. Na impossibilidade de impedimento, o dano efetivado deverá ser sanado pelo agente, visto aqui como o fornecedor de produtos ou serviços. A responsabilização do infrator é realizada *post factum*, ou seja, posteriormente ao resultado-dano, observando o *status quo ante* – o estado em que o consumidor se encontrava antes da ocorrência do dano.

Com a publicação de Lei n. 8.078/90, o legislador optou pela declaração expressa da responsabilidade objetiva do fornecedor. Desse modo, afasta-se a análise da culpabilidade, sendo observados apenas três elementos: o dano, o nexos de causalidade e a conduta (ação ou omissão) realizada. Esta objetividade é observada nos Artigos 12 e 14 da Lei.

Toda a cadeia produtiva será responsabilizada solidariamente<sup>9</sup>, sempre que sua atividade ocasionar “defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (BRASIL, L. 8.078/90, Art. 12). O procedimento será semelhante na ocorrência de fato contra o consumidor, ou seja, quando o

---

<sup>9</sup> Cumpre observar, porém, a interpretação sistemática dos artigos 12 e 13. Nela o leitor verá que inexistente a palavra “comerciante” na cadeia solidária de fornecedores. No artigo seguinte, entretanto, o legislador afirma que este é igualmente responsável, ou seja, solidário, quando ocorrerem as seguintes hipóteses (apenas): “I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis”. (BRASIL, L. 8.078/90, Art. 13).

vício de determinado produto ou serviço atinja a incolumidade física ou psíquica do consumidor<sup>10</sup>.

As excludentes de responsabilidade poderão ser aplicadas nas relações de consumo, posto que a ela são aplicados os preceitos da Teoria do Risco do Empreendimento. Em outras tintas, o fornecedor não será responsabilizado pelo dano quando: (1) comprovar que o produto não fazia parte de seu portfólio (não era fornecido por ele); (2) inexistem defeitos capazes de ocasionarem danos; ou (3) na ocorrência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros<sup>11</sup>.

Por fim, estabelece o CDC um rol exemplificativo de práticas abusivas, onde o fornecedor, ao realizá-las, será responsabilizado civil e criminalmente. Entre as condutas proibidas está o fornecimento de produto fora dos padrões estabelecidos pela agência fiscalizadora, conforme dispõe o inciso VIII do Art. 39:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

---

<sup>10</sup> “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. (BRASIL, L. 8.078/90, Art. 14).

<sup>11</sup> Vide Art. 12, §3º da L. 8.078/90.

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro). (BRASIL, L. 8.078/90).

As condutas realizadas pelo distribuidor de combustíveis localizado no bairro de Madureira/RJ – venda de gasolina onde a nota fiscal não indica a origem do produto – poderá ser classificada como prática abusiva, nos termos do artigo supra, pois a ausência de informação quanto à origem da matéria-prima, além de infringir as normas de Direito Tributário, impede a coletividade de ciência da origem e qualidade do produto fornecido.

Por conseguinte, as práticas realizadas nos demais distribuidores, tais como a adulteração dos medidores de gasolina – com indicação de litragem superior à fornecida – configuram crime contra o consumidor, nos termos do artigo em comento, em especial infringência dos incisos IV e V. As constatações de irregularidades no sistema de GNV também poderão ocasionar fato do produto, caso as possibilidades de vazamento e explosão ocorram.

Cumpramos ressaltar que, na seara da responsabilidade civil, o fornecedor deverá reparar o dano ocasionado, independente de sua natureza. Na impossibilidade de reparação, deverá indenizar a vítima, de acordo com os danos ocasionados. O procedimento de responsabilização não se

atém apenas ao Direito Civil. O PROCON e o ente regulatório do setor (ANP) poderão aplicar sanções administrativas, tais como multas, apreensão de produtos e instrumentos utilizados na infração, interdição das atividades, cassação do registro do produto fornecido, entre outras. O rol de penalidades com possibilidade de utilização consta no Art. 56 do CDC – que poderá ser adicionado às resoluções da ANP que possuam o mesmo objetivo.

Por fim, cumpre evidenciar a responsabilização dos infratores nos termos do Art. 66 da norma, uma vez realizada a conduta de adulteração de indicadores nas bombas de combustíveis, conforme determina:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. (BRASIL, L. 8.078/90)

## CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida realizou um estudo de casos sobre a distribuição de combustíveis no Estado do Rio de

Janeiro sob a ótica da proteção ao consumidor. Fora aprofundada a operação de fiscalização conjunta entre o Procon/RJ a ANP nos meses de agosto e setembro de 2022, a qual constatou a ocorrência de fraudes em postos de combustíveis localizados nas Zonas Norte e Oeste do Estado.

Em seguida, foram expostos os institutos introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor para a proteção do vulnerável em contratos de prestação de serviços, tendo em vista a desigualdade entre os polos contratantes.

Logo, fora avaliada a relação consumidor-fornecedor à luz do novo cenário de pandemia e seus impactos multifacetários nos contratos de consumo. Com a introdução de conceitos de direito econômico e proteção ao consumidor, fora observada a adulteração de combustíveis e o cometimento de crimes contra o consumidor e contra a administração pública, nos termos do Art. 66 do CDC, além de práticas abusivas segundo o Art. 39 desta norma.

Por fim, foram aprofundados os institutos de responsabilidade civil por danos ao consumidor a fim de demonstrar a responsabilização objetiva da cadeia de consumo, mediante a aplicação da Teoria do Risco do empreendimento, com o afastamento da avaliação de culpabilidade dos agentes. Com isso, os distribuidores de combustíveis que realizaram as práticas abusivas em comento, deverão indenizar os consumidores na modalidade objetiva, de modo a sanar os danos a estes ocasionados, observando o *status quo ante* da contratação de seus serviços e fornecimento de seus produtos.

## BIBLIOGRAFIA

ABRIL. Crise do Coronavírus fecha 522,7 mil empresas no Brasil. Disponível em: <https://vocerh.abril.com.br/mercado-vagas/crise-do-coronavirus-fecha-5227-mil-empresas-no-brasil/>. Acesso em 06 de janeiro de 2021.

ALVES DE SOUZA, SEVERIANO. Evolução da Atividade Econômica do Comércio Varejista de Combustíveis no Direito brasileiro. Salvador, 1994.

ANP. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Fiscalização do Abastecimento. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/fiscalizacao/fiscalizacao-do-abastecimento>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ANP. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Especial ANP 20 anos. Disponível: <https://www.gov.br/anp/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/especial-anp-20-anos>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ARAUJO, Nadia de. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais -Direito Brasileiro e Países do Mercosul. IN: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 231.

BANCÁRIOSDF. IBGE: Desemprego bate novo recorde e aumenta quase 40% em seis meses. Disponível em: <https://bancariosdf.com.br/portal/ibge-desemprego-bate-novo-recorde-e-aumenta-quase-40-em-seis-meses/>. Acesso em 06 de janeiro de 2021.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. BENJAMIN, Antonio Herman V;

BEVILAQUA. Princípios Elementares de Direito internacional Privado. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 358.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.455 de 14 de janeiro de 1998.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.953 de 28 de janeiro de 199

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei 9.478 de 6 de agosto de 1997.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.346 de 9 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.376 de 30 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Johnatan. 5 motivos porque a guerra impacta na alta de combustíveis. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/motivo-alta-dos-combustiveis/>. Acesso em 30 de novembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Leonardo. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010. Governo do estado multa a Supervia em mais de R\$ 6 milhões. Disponível em: <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/publicacao/detalhar/4874>. Acesso em: 1 set. 2022.

Grau, E. R. (2001). Um novo paradigma dos contratos? Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De

São Paulo, 96, 423-433. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510>. Acesso em 10 de setembro de 22.

HORTON, Jake; PALUMBO, Daniele; BOWLER, Tim. Sanções contra Putin: quanto o mundo depende de petróleo e gás da Rússia? Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60673879>. Acesso em 14 de julho de 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO – IBP. Demanda global por gás natural. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/demanda-global-por-gas-natural/>. Acesso em 10 de julho de 2022.

\_\_\_\_\_. Maiores importadores de gás natural. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/maiores-importadores-de-gas-natural/>. Acesso em 10 de julho de 2022.

\_\_\_\_\_. Produção mundial de petróleo e a participação da OPEP.

Disponível em: <https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/producao-global-de-petroleo-e-participacao-da-opec/>. Acesso em 18 de julho de 2022.

JHU – Johns Hopkins University of Medicine.  
Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.  
Acesso em 28 de setembro de 2022.

INTERNATION ENERGY AGENCY – IEA.  
World natural gas demand by region, 1973-2020. Disponível em:  
<https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/world-natural-gas-demand-by-region-1973-2020>. Acesso em 12 de julho de 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. IN: Revista GV. V.1 N. 1 (2005) mai. (1). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogy/article/view/35261>. 10 de setembro de 22.

MARTINS, P. L. (Org.); MARTINS, G. M. (Org.); LIMA, M. C. S. (Org.). O direito do consumidor no mercado de consumo. 1. ed. Niterói: IDPPPPGDIN/UFF, 2021.

NAZAR, Nelson. Direito Econômico. 2.a ed. SP: Edipro, 2009.

OLIVEIRA, Leandro Antonio Godoy; DOS SANTOS, Ricardo Soares Stersi. Os institutos da autonomia da vontade e da ordem pública e suas implicações nas arbitragens reguladas pela Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/96). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b5c480f68b945407>. Acesso em 12 de setembro de 22.

OPAS. Histórico da pandemia de covid-19. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em 30 de setembro de 2022.

PENTEADO JR, Cassio M. C. Novo Código Civil e a autonomia da vontade. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/novo-codigo-civil-e-autonomia-da-vontade/>. Acesso em 10 de setembro de 22.

PIKETTY, Thomas. O capital do século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PLANALTO. Mensagem n. 331 de 10 de junho de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm). Acesso em 17 de junho de 2021.

PROCONRJ. Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/publicacao/detalhar/4875>. Acesso em 16 nov. 2022.

R7. Preço da gasolina já supera R\$8 por litro em postos de 11 Estados. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/preco-da-gasolina-ja-supera-r-8-por-litro-em-postos-de-11-estados-14052022>. Acesso em 30 de novembro de 2022.

RECKZIEGEL, Janáina; FABRO, Roni Edson. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. IN: Revista de Direito Brasileira. Ano 4 • vol.8 • Maio-Ago/2014. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888>. Acesso em 12 de setembro de 22.

SAYEG, RICARDO HASSON. Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis Automotivos. São Paulo: Edigno, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAUDE.GOV. Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 26 de novembro de 2020.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Painel inclui principais decisões do Supremo relacionadas à covid-19. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=447383&ori=1>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.

Scaff, F. C. (1996). As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 91, 141-159. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em 10 de setembro de 22.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA. Nova onda de Covid-19 atinge o Leste europeu. Disponível em: [https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/nova-onda-de-covid-19-atinge-o-leste-europeu\\_cb0a0d5adc396ae1412d72928037a9b66u0dpmjy.html](https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/nova-onda-de-covid-19-atinge-o-leste-europeu_cb0a0d5adc396ae1412d72928037a9b66u0dpmjy.html). Acesso em 26 de novembro de 2020.

## A REGULAÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA ATRAVÉS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UM COMPARATIVO BRASIL-ESTADOS UNIDOS DO DESENVOLVIMENTO DO MODELO DAS AGÊNCIAS

**Michelle Bruno Ribeiro**

Doutoranda em Direito pelo PPGDIN da Universidade Federal Fluminense-RJ. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Email: [chellebr@gmail.com](mailto:chellebr@gmail.com) Link para currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6982295278633938>>

### RESUMO

O modelo regulatório através das agências reguladoras tem por referência aquele vigente nos Estados Unidos onde o papel das agências é central no Direito Administrativo norte-americano. Este estudo parte de uma revisão bibliográfica e empírica sobre o modelo brasileiro de modo a identificar sua origem, conceitos, características, falhas e soluções construídas desde sua implantação na década de 90, se valendo também de uma análise comparativa com o desenvolvimento do modelo norte-americano, apresentando as

funções do Escritório de Informação e Regulação (Office of Information and Regulatory Affairs - OIRA) num cotejo com as leis nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) e 13.848/2019, que no ordenamento brasileiro são responsáveis por direcionar o desejável aprimoramento das ações regulatórias através das agências reguladoras federais.

Palavras-chave: agências reguladoras, autonomia, diálogo interinstitucional, transparência, participação social.

## INTRODUÇÃO

As agências reguladoras no Brasil possuem papel relevante de fiscalização, regulamentação e controle da atividade econômica que esteja sob sua responsabilidade. Tais ações regulatórias abordam temáticas técnico-científicas que escapam do campo do Direito e afetam diretamente direitos fundamentais usufruíveis diretamente pelos cidadãos eis que usuários das atividades reguladas. Tamanha a relevância das ações regulatórias no nosso dia a dia que dedicamos este estudo a compreender os conceitos e características básicas que compõem esse modelo regulatório bem como estabelecer uma comparação entre a atividade regulatória norte-americana e a brasileira, considerando que a origem do nosso modelo regulatório é profundamente inspirado naquele.

Passaremos pela origem do modelo tanto nos Estados Unidos como no Brasil apresentando o contexto político e econômico da época e bem como as críticas que surgiram ao desempenho das agências com o passar dos anos do modelo em curso.

Por fim, traremos as soluções postas para as deficiências encontradas tanto no modelo norte-americano como no modelo brasileiro demonstrando as diferenças e similitudes, trazendo dados empíricos sobre essa atuação regulatória bem como o Relatório e Recomendação da OCDE sobre a temática e seu impacto no nosso ordenamento jurídico, tanto através da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica estabelecida pela Lei nº 13.874/2019 como pela Lei nº 13.848/2019 que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

## 2. UM BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA NORTE-AMERICANA

O conceito de regulação da economia é multifacetário, nas palavras de Alexandre Aragão, pois é composto de diversas estratégias distintas voltadas para a finalidade regulatória, estratégias essas que variam conforme as necessidades verificadas em cada momento na sociedade e na economia (ARAGÃO, 2013).

A regulação da economia através das agências reguladoras é uma das formas de exercício da atividade

regulatória. Temos quatro formas de regulação lato sensu: (a) regulação estatal, realizada por órgãos ou instituições integrantes da estrutura estatal (onde se inserem as agências reguladoras); (b) regulação pública não estatal, exercidas por entidades da sociedade mas através de delegação estatal ou incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (c) autorregulação, feita por entidades privadas, mas sem qualquer chancela estatal e (d) desregulação, onde não há uma regulação institucionalizada, havendo apenas a “mão invisível” do mercado. Aragão (2013) exclui a desregulação e a autorregulação do conceito de regulação em sentido estrito pois entende a regulação como um ato estatal de organização da atividade econômica, seja através da concessão de serviço público seja através do exercício de poder de polícia.

Ainda, sobre a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, seriam compreendidas como atividades regulatórias desde que tivessem por finalidade interferir no comportamento dos agentes econômicos (ARAGÃO, 2013).

Mencionamos que as estratégias regulatórias variam conforme as necessidades verificadas em cada momento na sociedade e na economia. Evidente que necessidade é um conceito bastante permeável ao modelo político vigente no recorte temporal ao qual nosso olhar esteja voltado. No pós primeira guerra mundial a regulação consistiu em atos de elevado potencial interventivo com um aumento da intervenção estatal direta na economia em razão de terem sido identificadas falhas de mercado e déficits de direitos sociais e de tais fatos terem sido atribuídos – ao menos parcialmente – ao modelo abstencionista de intervenção. Ao revés, na década

de 70 temos o movimento inverso, onde “necessidade” foi a redução do papel estatal direto e das agências reguladoras na economia, ou seja, um modelo de regulação menos invasivo na economia.

Os Estados Unidos são o expoente do uso das agências reguladoras como instrumento de intervenção do Estado na economia já que o Direito Administrativo norte-americano acontece principalmente através dessas agências, sendo conhecido como o “direito das agências”. Com marco histórico no *New Deal* o modelo norte-americano de intervenção na economia através das agências encontra arrimo nas críticas referentes a criação do direito pelo Judiciário (sistema *common law*), especialmente em razão do perfil liberal da Suprema Corte, responsável pela invalidação de diversas tentativas de intervenção estatal mais forte na economia. Essas críticas se situam no momento histórico da Grande Depressão de 1929 com a quebra da bolsa de Nova Iorque, colocando em dúvida os ideais liberais. Assim, para viabilização dos projetos intervencionistas conhecidos como o *New Deal*, o Estado utilizou as agências reguladoras como instrumentos para essa intervenção forte na economia.

Nos cabe ressaltar que esse modelo nos moldes como implantado no direito norte-americano tinha como foco reduzir o controle judicial dos atos das agências – já que esse controle era um entrave a implantação dos novos projetos governamentais do pós-crise - especializar tecnicamente a atuação estatal e suavizar a interferência política na regulação dos setores sensíveis (OLIVEIRA, 2009).

Ou seja, nos Estados Unidos nós vemos o surgimento do modelo das agências reguladoras no momento de

fortalecimento do Estado na economia, para viabilizar a forte intervenção estatal prevista no *New Deal*. Em 1946 é promulgada a Lei de Procedimento Administrativo norte-americana, a APA. Este diploma normativo é vigente até os dias atuais e se presta a disciplinar a atuação das agências, tanto quanto a função de regulamentar, o *rulemaking*, como com relação a função de adjudicação.

O fortalecimento do modelo das agências norte-americanas também não foi isento de críticas. Argumentos como a teoria da captura na qual as agências teriam sido capturadas pelos entes regulados para atender aos seus interesses, a escola de Chicago apontando o risco de que a regulação que vinha sendo estabelecida para satisfação de interesses dos grupos politicamente influentes e acerca da ausência de responsabilidade eleitoral dos integrantes das agências.

Nesse caminho percorrido pelas agências reguladoras norte-americanas até a década de 70 foi crescente a desconfiança com relação a isenção das suas decisões. Assim, como num movimento pendular, temos um incremento do controle dos atos das agências pelos três Poderes. Vemos uma crescente do controle judicial dos atos das agências, que passou a avaliar legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias. No âmbito do Poder Legislativo temos a partir de 1993 a necessidade de sua aprovação prévia e posterior dos regulamentos criados pelas agências (OLIVEIRA, 2009).

Com relação ao Poder Executivo, tivemos uma série de atos normativos estabelecendo regras e parâmetros de atuação para as agências, como por exemplo a) Executive Orders nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan

que submeteram os atos das agências à prévia aprovação do OMB, diretamente vinculado ao presidente; e b) Executive Order nº 12.886/93 (Regulatory Planning and Review), que estabeleceu a necessidade de comunicação prévia dos procedimentos regulatórios ao órgão central do Governo (Regulatory Working Group). O Paper Reduction Act, de 1980, estabeleceu o órgão de supervisão regulatória: Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA.

A criação da OIRA (Office of Information and Regulatory Affairs), escritório vinculado ao OMB (Office of Management and Budget) foi um passo relevante no caminho de aprimorar e controlar as atividades das agências e sofre também críticas, algumas semelhantes as destinadas às próprias agências reguladoras. Passaremos a nos debruçar sobre o funcionamento da OIRA em sequência.

### 3. FUNÇÃO DO ESCRITÓRIO DE INFORMAÇÃO E REGULAÇÃO (Office of Information and Regulatory Affairs - OIRA) NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Sunstein escreveu um artigo sobre mitos e realidades da atuação da OIRA considerando sua experiência profissional como administrador da OIRA no período compreendido entre 2009-2012. Seria um escritório que opera principalmente como agregador de informações. Sua principal função para o referido autor seria ajudar a supervisionar um processo genuinamente interagências, envolvendo muitos especialistas em todo o

governo federal, promovendo o diálogo entre as agências, outros órgãos do governo, sociedade civil, coletando informações e publicizando tanto as informações agregadas como o próprio processo regulatório em curso. A OIRA se destina a revisar os procedimentos de produção regulatória das agências em situações específicas. Contudo, no desempenho desse mister, algumas características negativas lhe são atribuídas. Sunstein (2012, p. 4) inicia seu artigo apresentando as críticas às quais a OIRA é submetida:

a revisão da OIRA envolve quase exclusivamente os pontos de vista e as perspectivas da própria OIRA;

que quando as regras são adiadas, é quase sempre por causa das preocupações da própria OIRA;

que quando as regras são há muito atrasadas ou, em última instância, não são emitidas, geralmente é porque a OIRA se opõe a elas;

que a análise de custos e benefícios é a característica dominante da revisão da OIRA;

e que a revisão da OIRA é altamente política.  
(tradução nossa)

Sunstein aponta que essa visão da OIRA, comum dentre profissionais que atuam junto ao órgão, *media*, professores, a comunidade interessada, é equivocada e no seu estudo se dedica a rebater essas críticas e a apresentar os

contrapontos que entende necessários ao esclarecimento do funcionamento do referido órgão. Nesse percurso ele traz quatro proposições centrais para a correta compreensão das funções da OIRA (SUNSTEIN, 2012, p. 4-6):

*A OIRA ajuda a supervisionar um processo genuinamente interagências, envolvendo muitos especialistas em todo o governo federal. A OIRA frequentemente opera como instituição de agregação e de troca de informações interinstitucionalmente. Os chefes dos diversos departamentos e agências estão totalmente comprometidos com o processo; eles entendem, e concordam, que preocupações significativas devem ser ouvidas e abordadas, quer estejam ou não inclinadas a concordar com elas.*

Quando uma regra proposta ou final é adiada, e quando o processo de revisão da OIRA se mostra demorado, geralmente é porque preocupações interagências significativas ainda não foram tratadas.

Custos e benefícios são importantes, e OIRA (juntamente com outros no Escritório Executivo do Presidente, incluindo o Conselho Econômico Conselheiros e o Conselho Econômico Nacional) se concentram neles, mas não são geralmente as questões dominantes no processo OIRA.

*Grande parte do processo da OIRA é altamente técnico.* Quando as regras são atrasadas, muitas vezes é porque especialistas técnicos estão trabalhando através das questões técnicas. (tradução nossa)

O atuar formal da OIRA depende, de acordo com a Ordem Executiva 12866 de que a ação regulatória seja significativa e para tal deve resultar, provavelmente, numa regra que:

- a) Tenha um efeito anual na economia de US \$ 100 milhões ou mais ou afetar negativamente de forma material a economia, um setor da economia, produtividade, concorrência, empregos, o meio ambiente, a saúde pública ou a segurança, ou governos ou comunidades estaduais, locais ou tribais;
- b) Crie uma grave inconsistência ou interferir de outra forma na ação tomada ou planejada por outra agência;
- c) Altere materialmente o impacto orçamentário de direitos, subvenções, taxas de usuário ou programas de empréstimos ou os direitos e obrigações dos mesmos destinatários; ou

d) Levante novas questões jurídicas ou políticas decorrentes de mandatos legais, prioridades do Presidente ou os princípios estabelecidos nesta ordem executiva. (tradução nossa)

Desse conteúdo de “ação regulatória significativa” podemos verificar que o impacto financeiro-orçamentário de uma ação regulatória não é o único critério para considerá-la significativa. Afetar políticas públicas relevantes ou mesmo a atividade de outra agência reguladora também tornam a ação regulatória significativa aos olhos da OIRA.

Vemos então que o objetivo da OIRA é fomentar o diálogo interinstitucional proporcionando a troca de informações relevantes para a tomada de decisão acerca de determinada ação regulatória significativa que estaria em cogitação por uma agência, bem como publicizar a existência de desse procedimento regulatório em curso, proporcionando transparência e viabilizando a participação dos atores, institucionais ou da comunidade envolvida.

Outra medida essencial tanto ao diálogo interinstitucional como à democratização do processo regulatório é a determinação de que, quando o desenho do ato regulatório significativo é submetido formalmente à OIRA, lhe seja dada rápida e ampla transparência inclusive em um sítio de internet ([reginfo.gov](http://reginfo.gov)), juntamente com informações relevantes, muitas vezes incluindo um resumo da regra em formação.

A OIRA conduz um fluxo de construção de ação regulatória bastante interessante: quando fomenta o diálogo interinstitucional viabiliza o debate e a troca de informações

acerca da regra em produção. Nesse caminho a agência proponente da regra se vê impelida a considerar tanto aos novos dados que chegaram ao seu conhecimento através do procedimento OIRA como a avaliar as considerações dos atores, institucionais ou não, que através da publicização do procedimento regulatório em curso, tiveram oportunidade de apresentar suas ponderações através da própria OIRA. Essa postura dialógica tem o potencial de reduzir o questionamento judicial da ação regulatória final, visto que seu processo de construção foi aberto, transparente e procedimentalmente adequado. Inclusive a redução do risco de litigância é apontada por Sunstein (2012) como um dos fatores que levam as agências a considerar as ponderações trazidas por outras instituições, especialmente outras agências e departamentos governamentais, sobre a regra em construção.

Essa postura dialógica além de reduzir o risco de questionamento judicial das normas regulatórias criadas, aumenta a qualidade do ato regulatório construído – em razão da ampliação do leque de dados disponíveis para análise. Fato é que o procedimento se torna mais moroso, mas os dados acerca da efetividade da atuação da OIRA demonstram que a interferência é produtiva: a OIRA revisou 2.304 ações regulatórias entre 21 de janeiro de 2009 e 10 de agosto de 2012. Dessas, 1.758 ações regulatórias, ou cerca de 76%, foram aprovadas "consistentes com a mudança", enquanto 320, ou cerca de 14%, foram aprovados sem alteração. Ainda, 161 ou 7%, foram retirados, ou seja, houve desistência na formulação da regra (SUNSTEIN, 2012).

Passemos a comparar esse histórico das agências norte-americanas o que inclui a criação da OIRA com o da construção desse modelo de regulação econômica no Brasil.

#### 4. A REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL ATRAVÉS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No Brasil o modelo das agências reguladoras surge na década de 90 num contexto econômico social de insatisfação com a atuação intervencionista do Estado. O sistema político vigente à época, mais liberal, considerou o Estado inchado e ineficiente. Em que pese presente diretamente na economia do país não conseguiu diminuir as desigualdades sociais nem a crise econômica.

Vemos aqui uma dicotomia interessante de ser ressaltada: enquanto nos Estados Unidos a crise econômica da década de 30 e o déficit de direitos sociais foi atribuído à postura liberal do Estado, no Brasil da década de 90 os mesmos problemas foram atribuídos à postura intervencionista do Estado e para os dois casos o modelo das agências reguladoras foi adotado como parte da solução. Nos Estados Unidos as agências reguladoras serviram para estruturar uma intervenção forte do Estado na economia (pacote de medidas do New Deal) e no Brasil se destinaram a possibilitar a redução da presença do Estado, que passaria a atuar através das agências reguladoras. O que devemos observar, como bem observa Oliveira (2015) é que o modelo das agências foi utilizado para recompor o equilíbrio do papel do Estado na economia, que, ao olhar do sistema político da época estava desequilibrado.

Neste caminho de liberalização da economia através do modelo das agências a base constitucional já existia: o artigo

174 da Constituição de 1988 já trazia o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, podendo exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Com esteio nesse dispositivo constitucional, o Executivo Federal iniciou seu processo de desestatização da economia através do Programa Nacional de Desestatização-PND instituído pela Lei nº 8031/1990 posteriormente alterada pela Lei nº 9491/1997.

O PND tinha – e tem, pois que não foi revogado – seus objetivos descritos no art. 1º da referida lei, sendo o primeiro deles reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Indevidamente é um adjetivo posto nesse inciso I que possibilita adequar a posição estratégica do Estado conforme o entendimento político vigente, já que indevido aqui não possui um esteio normativo. Em sequência, temos os demais objetivos postos pela Lei 9491/1997 todos enfatizando o fortalecimento do setor privado na economia.

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

A partir do PND e de diversas emendas constitucionais promulgadas em 1995 (EC 05, 06, 07, 08, 09 todas de 1995, responsáveis pela base legal (lato sensu) do processo de desestatização da economia foram criadas por lei diversas agências reguladoras, dentre elas: Agência Nacional do Petróleo (ANP - Lei 9.478/1997), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL – Lei nº 9427/1996), Agência

Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA – Lei nº 9782/1999), Agência Nacional de Águas (ANA – Lei nº 9982/2000).

Essas agências em que pese especificidades existentes na lei de criação de cada uma delas, podemos reunir características comuns que inclusive definem o que são essas agências. Primeiramente, são autarquias. Pessoas jurídicas de direito público visto que exercem funções coercitivas. Ademais, autarquias com importante grau de autonomia, eis que um alto nível de dependência imporá entraves a desburocratização necessária para ações regulatórias ágeis e eficazes. O desejável dinamismo do setor privado seria emperrado por uma estrutura regulatória lenta o que seria um contrassenso se considerarmos os objetivos do PND.

A autonomia é tão essencial para o eficiente desempenho das funções regulatórias que as agências reguladoras são chamadas de autarquias de regime especial, consistindo esse regime especial em uma série de prerrogativas que viabilizam um atuar independente a autarquia. Dentre essas prerrogativas estão a direção da autarquia por um colegiado nomeado por prazo determinado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal sendo vedada a exoneração *ad nutum* (ARAGÃO, 2013).

No Brasil temos 10 agências reguladoras federais. Se pensarmos em ações regulatórias protagonizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) a probabilidade de haver temas transversais com a temática da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) por exemplo é grande. Podemos identificar uma série de transversalidades que mostram a necessidade de um diálogo interagências. Inexistindo esse

diálogo temos um elevado risco de produção de normas conflitantes ou mesmo que desconsiderem aspectos importantes objeto de outras agências. Considerando ainda, temos uma enorme quantidade de normas regulatórias no Brasil, 94 mil normas regulatórias produzidas desde 1950 com um crescimento expressivo a partir do ano 2000, o risco mencionado se potencializa.

Ademais, a proliferação de normas regulatórias produzidas sem um procedimento uniforme e com ampla transparência e participação social por si só é causa de insegurança jurídica, altamente prejudicial para os atores do setor privado pertencentes ao cenário econômico.

O gráfico abaixo produzido pela Escola Nacional de Administração Pública em 2021 a mostra o aumento na produção normativa nos setores de eletricidade, gás, indústria de extração, transporte e armazenamento a partir da década de 90 o que é atribuível a criação das agências reguladoras no Brasil<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Disponível em <<https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/raio-x-da-regulacao-economica-e-publicado-pela-primeira-vez-no-brasil>> Acesso em 25 ago 2022.

**Número de normas publicadas ano a ano, nos setores de eletricidade e gás, indústria de extração, transporte e armazenamento**



De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE no Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL de 2008, passados 10 anos do surgimento das primeiras agências reguladoras neste país é possível identificar grandes desafios para o aprimoramento da atividade regulatória.

Aprimorar o sistema jurídico do país como um todo, e seus diversos instrumentos, é a chave para assegurar um crescimento econômico sustentável e fornecer uma estrutura transparente para os cidadãos e agentes do setor privado. Se, por um lado, existem estruturas relativamente organizadas para

preparar os atos regulatórios, com mecanismos informais de consulta e alguns procedimentos de controle de qualidade, por outro, o Brasil necessita fazer o uso sistemático de diferentes ferramentas de qualidade regulatória. A consulta pública poderia ser aproveitada mais plenamente. Mesmo ao assegurar o acesso por meios eletrônicos, garantir a participação efetiva dos cidadãos, o procedimento de consulta pública continua sendo um desafio. O baixo nível de participação social pode ser comparado à dificuldade de representação da sociedade civil. Há também a necessidade de fazer com que a voz dos consumidores seja efetivamente ouvida. Outras questões incluem a conformidade nas relações com o judiciário, assim como esforços adicionais de simplificação administrativa. Simplificar a estrutura jurídica exige um trabalho intensivo de aperfeiçoamento, tanto da quantidade quanto da qualidade da regulação atualmente em vigor.

É necessário que haja uma estratégia sistemática, com uma estrutura de análise da regulação que assegure transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas em nível político e administrativo. A discussão sobre um processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias que incluam a avaliação do impacto das mesmas está começando a acontecer.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento. OECD Publishing, Brasília. 2008. p.8

Nesse ponto do relatório há menção expressa ao Programa para o Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), em fase de criação à época, com o propósito de contribuir para a melhoria do sistema regulatório e para a coordenação entre as instituições participantes dos processos regulatórios.

O Pro-Reg foi instituído pelo Decreto nº 6.062, de março de 2007 com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados (art.1º).

Os objetivos do PRO-REG seriam (art. 2º):

I - fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores;

II - fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados;

III - a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório;

IV - o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e

V - o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.

Contudo, não houve avanços consistentes com relação aos desafios indicados pela OCDE no Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL de 2008. Em 2012 a OCDE emitiu uma Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança, contendo as seguintes recomendações:

I. RECOMENDA aos membros:

1. Assumir o compromisso no mais alto nível político com uma política explícita de qualidade regulatória para o governo como um todo. A política deve ter objetivos claros e estruturas para a implementação que assegurem que, se a regulação for usada, os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos, os efeitos distributivos sejam considerados e os benefícios líquidos maximizados.

2. Respeitar os princípios de um governo aberto, incluindo transparência e participação no processo regulatório para garantir que a regulação sirva ao interesse público e para que seja informado das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulação. Isto inclui a oferta de canais efetivos (incluindo online), para que o público possa contribuir para o processo de preparação de propostas regulatórias e para a qualidade da análise técnica. Os governos

devem assegurar que regulações sejam compreensíveis e claras e que as partes possam facilmente compreender seus direitos e obrigações.

3. Estabelecer mecanismos e instituições para supervisionar ativamente os procedimentos da política regulatória e seus objetivos, apoiar e implementar a política regulatória, e, assim, promover a qualidade regulatória.

4. Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os trade offs das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa.

5. Conduzir programas sistemáticos de revisão do estoque regulatório em relação a objetivos que sejam claramente definidos pela política, incluindo considerações de custos e benefícios, para assegurar que as regulações estejam atualizadas, seus custos justificados, efetivos e consistentes, e almejem os objetivos pretendidos.

6. Publicar regularmente relatórios sobre o desempenho da política regulatória, dos programas de reforma, bem como das autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regulações. Esses relatórios devem incluir informações sobre como instrumentos regulatórios, tais como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), práticas de consulta pública e revisões de regulações existentes funcionam na prática.

7. Desenvolver uma política consistente capaz de abranger o papel e as funções das agências reguladoras, a fim de proporcionar maior confiança de que as decisões regulatórias sejam tomadas de maneira objetiva, imparcial e consistente, sem conflito de interesse ou influência indevida.

8. Assegurar a efetividade dos sistemas de revisão da legalidade e imparcialidade processual das regulações, bem como das decisões tomadas pelos órgãos competentes na aplicação de sanções regulatórias. Garantir que os cidadãos e as empresas tenham acesso a estes sistemas de revisão a um custo razoável e recebam as decisões tempestivamente.

9. Aplicar conforme apropriado, a avaliação de riscos, gestão de riscos e estratégias de comunicação de risco para a concepção e implementação das regulações para garantir que a regulação seja direcionada e efetiva. Os reguladores devem avaliar os efeitos da regulação e devem elaborar estratégias para implementação responsiva e enforcement.

10. Promover sempre que necessário a coerência regulatória através de mecanismos de coordenação entre os níveis supranacional, nacional e subnacional do governo. Identificar questões regulatórias transversais em todos os níveis do governo, para promover a coerência entre as abordagens regulatórias e evitar a duplicação ou conflito de normas.

11. Fomentar o desenvolvimento da capacidade de gestão e desempenho regulatório nos níveis subnacionais de governo.

12. Considerar no desenvolvimento de medidas regulatórias, todos os padrões internacionais relevantes e as estruturas de cooperação na mesma área e, quando apropriado, seus possíveis efeitos sobre as partes que estejam fora da sua jurisdição.

Destaquemos os itens 2, 4, 6, 9 e 10 para nossa análise mais detida eis que nos remetem às funções da OIRA norte-americana. Temos menção literal à melhoria informacional, ampliação da transparência dos atos e procedimentos regulatórios, de maior amplitude da participação social no processo regulatório, criação de uma política consistente e coerente que gere confiança no processo regulatório bem como sobre a necessidade de se integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação.

A Avaliação do Impacto Regulatório foi prevista de formal geral, ou seja, abarcando todas as agências, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro através da Medida Provisória nº 881 de abril de 2019, ou seja, 7 anos depois da recomendação da OCDE 2012. Tal medida provisória foi convertida em setembro do mesmo ano na Lei nº 13.874/2019. Esta lei que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado prevê em seu art, 5º:

“As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade

da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

Em junho de 2019 temos a publicação da Lei nº 13.848 que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Este diploma legal traz avanços importantes no sentido do recomendado pela OCDE para o aprimoramento das ações regulatórias no Brasil.

#### 4. A LEI 13.848/2019 SERIA A OIRA BRASILEIRA?

A Lei nº 13.848/2019 visa construir uma estrutura normativa sólida que proporcione um incremento informacional, participativo e procedimental às ações

regulatórias produzidas pelas agências reguladoras brasileiras de âmbito federal. Nesse sentido o legislador elenca as instituições consideradas agências reguladoras para os fins do referido diploma legal e em segunda conceitua “*agência reguladora*” em seu art. 3º:

A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Este artigo consolida a autonomia das agências reguladoras como elemento essencial para sua caracterização como de natureza especial, mencionando expressamente a necessidade de ausência de tutela ou subordinação hierárquica, autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos.

Em sequência o legislador passa a dispor sobre a uniformização do processo decisório das agências reguladoras minudenciando o procedimento quando a ação regulatória consistir em adoção e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Nesse caso, o art. 6º prevê que tais ações serão, nos termos de regulamento,

precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. O regulamento mencionado é Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020 e traz diversos conceitos e procedimentos a serem observados na realização da análise de impacto regulatório.

Interessante observamos que o procedimento estabelecido na AIR tem muitos aspectos de semelhança com o procedimento que ocorre na OIRA norte-americana. De início já vemos que há uma delimitação do objeto que deve ser alvo da AIR brasileira: a edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 3º do Decreto nº 10.411/2020). Com relação à OIRA os objetos de trabalho são as ações regulatórias significativas.

Na Lei 13.848/2019 temos a obrigatoriedade de submissão à consulta pública prévia à tomada de decisão sobre as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (art. 9º). Para viabilizar uma consulta pública apta a agregar resultados a agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso (art. 9º, §3º). Observamos da análise destes dispositivos legais uma preocupação com transparência e participação social nas propostas de criação ou alteração de atos normativos de interesse geral, similar àquela viabilizada pela OIRA. Até

mesmo o posicionamento da agência sobre as contribuições apresentadas na consulta pública deverá ser publicizado (§5º, art. 9º).

A referida lei também traz a possibilidade de realização de audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão (Art. 10) o que democratiza o processo de construção de atos normativos.

Sobre os diálogos interinstitucionais que vimos ser uma função marcante da OIRA temos na Lei 13.848/2019 os capítulos III, IV, V e VI que tratam da interação entre as agências (mesmo âmbito federativo e âmbitos federativos distintos) e entre as agências e órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente e da concorrência. Contudo, vemos que não há um rol de hipóteses onde esse diálogo seria obrigatório, mas sim uma possibilidade. Como não há uma instituição externa promovendo esse diálogo (no caso norte-americano a OIRA cumpre esse papel) essa interação depende de uma iniciativa da própria agência promotora da ação regulatória em questão. Mesmo assim, considerando a obrigatoriedade de transparência e maior participação social proporcionada pela consulta pública temos um alargamento de oportunidades para essa atuação dialógica.

Temos diferenças importantes entre os dois modelos de aperfeiçoamento da regulação econômica através das agências como apontamos linhas acima. Entretanto, a essência trazida pela Lei 13848/2019 é a mesma daquela contida nos decretos que orientam o funcionamento da OIRA, qual seja, proporcionar segurança jurídica e reduzir a desconfiança sobre a atuação das agências através de uma uniformização do processo de tomada de decisão, aprimoramento qualitativo

desse processo decisório através dos diálogos interinstitucionais, transparência ampla dos processos regulatórios em andamento e maior abertura para a participação contributiva de outras instituições, setores regulados e entes da sociedade civil.

## 5. EVOLUÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO BRASIL

O Decreto nº 10.411/2020, regulamento da Lei 13.848/2019, trouxe como marco inicial para a obrigatoriedade da AIR o dia 15 de abril de 2021 para o Ministério da Economia, as agências reguladoras e o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro. Para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional a AIR se tornou obrigatória a partir de 14 de outubro de 2021. Vemos então no quadro abaixo elaborado pela Escola Nacional de Administração Pública a progressão das iniciativas governamentais que culminaram com a implementação da AIR como obrigatória no Brasil<sup>14</sup>:

<sup>14</sup> Disponível em <  
<https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/professor-da-enap-explica-como-a-analise-de-impacto-regulatorio-pode-destravar-o-desenvolvimento-brasileiro>>



Sobre o AIR não podemos afirmar que foi uma novidade inserida nos processos regulatórios das agências pelas leis supramencionadas. A ANEEL tinha a Norma de Organização ANEEL nº 40, que dispõe sobre realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR – no âmbito da Agência. A ANVISA em 2017 a redação da sua lei de criação (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999) foi alterada para incluir no artigo 15, III a previsão dos estudos de impacto econômico e técnico no setor regulado e de impacto na saúde pública. A ANA já havia inserido na sua lei de origem (Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000) em 2018 através de Medida Provisória a análise de impacto regulatório das normas propostas. A ANATEL desde 2013 possui a Resolução nº 612 onde consta a obrigatoriedade de prévia análise de impacto regulatório para expedição de atos normativos.

Contudo, numa análise das leis e resoluções criadoras e regulamentadoras das agências reguladoras, nas redações anteriores a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e a Lei nº 13.848/2019, vemos que cada agência tratava a AIR de modo diverso, gerando grande insegurança jurídica e por consequência um ambiente pouco atraente para as atividades privadas e com decisões regulatórias bastante questionáveis na via judicial, reduzindo a tão desejável deferência judicial às decisões administrativas. A deferência às decisões administrativas acaba com seu tem lugar reduzido quando o processo decisório é incerto, instável, pouco democrático e com conteúdo pouco técnico e muito político no espaço onde a técnica deve prevalecer, já que no Brasil vigora a regra da inafastabilidade da atuação judicial dos atos que violem, ou ameacem violar, direitos (art. 5, XXXV, CRFB).

## 6. CONCLUSÃO

O modelo regulatório implantado no Brasil possui bastante semelhança com o modelo implantado nos Estados Unidos sendo perceptível a sua importação. Contudo, há diferenças entre os sistemas regulatórios implantados especialmente quanto ao contexto econômico e político em que foram adotados que acabam por impor distinções ao funcionamento deste modelo nos dois países.

Enquanto nos Estados Unidos temos a instalação do modelo para viabilizar uma intervenção estatal mais forte na economia, no Brasil o modelo se prestou ao Programa

Nacional de Desestatização-PND. Em que pese em ambos os casos o modelo tenha servido para equilibrar as falhas sociais e de mercado identificadas pelo sistema político vigente, fato que o contexto influenciou os moldes do modelo adotado considerando que a captura política e empresarial das agências é uma crítica comum aos modelos adotados nos dois países e quando o contexto político econômico é diverso essa captura possui resultados diversos.

Nos Estados Unidos a desconfiança sobre a captura das agências reguladoras pelos interesses dominantes, políticos ou dos entes regulados e a proliferação dos atos normativos resultou na criação da OIRA, visando promover o diálogo interinstitucional (principalmente interagências) e a transparência do processo regulatório das ações regulatórias significativas. Entretanto temos no caso norte-americano a crítica sobre a morosidade do processo interno na OIRA e também sobre a captura de interesses da própria OIRA.

No Brasil as críticas são mais centradas na proliferação de atos normativos, insegurança jurídica em razão da ausência de um procedimento padrão no atuar das agências e ausência de transparência e agir colaborativo entre as instituições com ampla participação da sociedade civil. Com o arcabouço normativo criado em 2019 temos essa esperada regulamentação procedimental do processo decisório das agências prevendo a possibilidade de um diálogo interinstitucional e, principalmente, a criação pela MP 881/2019 da análise de impacto regulatório – AIR, obrigatória para as ações regulatórias de interesse geral. Não houve a criação de uma outra pessoa jurídica ou órgão externo às agências responsável pela condução desse processo decisório como a OIRA norte-americana, mas a própria OIRA é alvo de

críticas sobre a sua captura política e pelos setores regulados e excessos de formalidades que imporiam demora a produção normativa pelas agências.

Desta forma, essencial para o bom funcionamento do modelo de regulação econômica das agências é a autonomia decisória, o tecnicismo das suas decisões, o ambiente dialógico com ampla disseminação de informações relevantes para uma produção normativa de qualidade no bojo de um procedimento de tomada de decisão pré-determinado que agregue segurança jurídica ao exercício das funções agenciais. Autonomia, democratização do acesso ao processo decisório, transparência das informações e a existência de uma análise de impacto das ações regulatórias são um consenso em ambos os sistemas jurídicos, brasileiro e norte-americano como essenciais para o eficaz funcionamento do modelo agencial de regulação econômica, independente da existência de uma instituição externa como a OIRA na condução do processo.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª ed rev e atual. Rio de Janeiro: Farnese:2013, pag. 25.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.)>

\_\_\_\_\_, Lei federal nº13.848 de 26 de junho de 2019. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm)>

\_\_\_\_\_, Lei federal nº 13.874 de 20 de setembro de 2019. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20192022/2019/Lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADa%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2019/Lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADa%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art.)>

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Professor da Enap explica como a Análise de Impacto Regulatório pode destravar o desenvolvimento brasileiro. Disponível em <<https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/professor-da-enap-explica-como-a-analise-de-impacto-regulatorio-pode-destravar-o-desenvolvimento-brasileiro>> Acesso em 10. Set.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Order 12866 of September 30, 1993. Federal Register / Vol. 58, No. 190 / Monday, October 4, 1993 / Presidential Documents.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro *in Revista da EMERJ*, v. 12, nº 47, 2009. *Pag 161.*

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, concessões e terceiro setor. 3ª ed. ver. Ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento. OECD Publishing, Brasília. 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança. Paris, 2012.

SUNSTEIN, Cass. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 13-07.

**DECISÕES AUTOMATIZADAS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO – A “ALGORITMIZAÇÃO” DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

José Ricardo Parreira de Castro

**RESUMO**

O presente artigo trata da adoção de sistemas de produção de decisões automatizadas no âmbito da Administração Pública. Na introdução explicamos o que são estas decisões automatizadas, e, na sequência, indicamos alguns princípios regentes da Administração Pública aptos à justificar a adoção de tais sistemas. Na segunda parte, indicamos que, além da principiologia já aplicável às decisões administrativas tomadas por mãos humanas, relativamente à estes sistemas devem incidir a compreensibilidade e a contestabilidade por desenho. Por fim, apresentamos nossas conclusões acerca do tema.

**ABSTRACT**

This article deals with the adoption of systems for the production of automated decisions within the scope of Public Administration. In the introduction, we explain what these automated decisions are, and, in the sequence, we indicate some governing principles of Public Administration capable of justifying the adoption of such systems. In the second part, we indicate that, in addition to the principle already applicable to administrative decisions taken by human hands, these systems must focus on comprehensibility and contestability by design. Finally, we present our conclusions on the subject.

## **1. INTRODUÇÃO.**

Fenômeno dos tempos recentes, e motivado pela intensa evolução tecnológica e computacional dos últimos anos, a possibilidade de adoção de decisões automatizadas (isto é, a produção, por sistemas de Tecnologia da Informação – TI, de decisões relativas a casos concretos, sem a participação humana no momento da decisão) está encontrando na Administração Pública um campo fértil para

sua aplicação, estudo e desenvolvimento.

Isso porque, para além da possibilidade de resolver os casos concretos postos à sua apreciação de maneira mais eficiente (cabendo, desde logo, a ressalva de que a eficiência, aqui, não é necessariamente “*decidir mais rápido*”), a Administração Pública, ao utilizar um sistema de produção de decisões automatizadas, pode vir a economizar recursos financeiros (pecúnia), fato que, no atual contexto brasileiro (ainda se recuperando dos prejuízos econômicos causados pela pandemia, e com intensa discussão acerca do uso dos limitados recursos carreados ao Orçamento Anual)<sup>15</sup> pode se revelar importante para a consecução de outras políticas públicas (já que os recursos economizados podem ser utilizados para atender outras necessidades públicas

---

<sup>15</sup> Cumpre apontar, como exemplo do afirmado, a discussão havida acerca da “*PEC da Transição*” (**Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2022**), na qual se discute a utilização de recursos financeiros para além dos limites (“*Teto de Gastos*”) inseridos no **art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT pela Emenda Constitucional nº 95/2016**, o que bem demonstra a escassez de recursos financeiros à disposição da Administração Pública. Veja-se em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/11/29/pec-que-retira-bolsa-familia-do-teto-de-gastos-recebe-28-assinaturas-e-vai-a-cj>, acesso em 30.11.2022.

porventura constantes da Lei Orçamentária Anual).

Contudo, e como apontado acima, decidir de forma mais eficiente não significa necessariamente “*decidir mais rápido*”. O que se quer apontar é a existência de um *tradeoff* entre a celeridade de uma determinada decisão e o tempo exigido para a obtenção das informações necessárias à adoção de uma decisão correta. De nada resolve uma tomada de decisão célere, mas que exija retrabalho (com todo o dispêndio de recursos financeiros e temporais daí decorrentes) para a sua adequação aos termos do caso concreto. Exemplo do que foi dito pode ser percebido no âmbito da prestação jurisdicional: para além da limitação acerca da profundidade da cognição estabelecida para apreciação de medidas em sede de tutela provisória, há que se reconhecer que determinados tipos de prestação jurisdicional exigem maior coleta de informações (maior dilação probatória, portanto) do que outros<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Tanto assim que a própria técnica processual reconhece a “*Teoria da Causa Madura*”, ao passo que a praxe do foro afirma que, por vezes, determinado processo está “*maduro*” para julgamento. A analogia feita a partir do tempo necessário para que os frutos atinjam seu desenvolvimento completo e possam ser consumidos não é a toa, e mostra o reconhecimento – ainda que implícito – do que dizemos aqui.

Assim, qualquer sistema de produção de decisões automatizada terá, necessariamente, que levar em conta este *tradeoff*, pois, embora a produção da decisão seja automatizada (isto é, a decisão é produzida pelo sistema computadorizado, possivelmente de forma praticamente instantânea), a criação do sistema que produzirá as decisões automatizadas se dá por mãos humanas. Mais do que isso: as decisões automatizadas serão produzidas conforme os critérios estabelecidos pelos humanos que criaram o sistema, ou melhor dizendo: o sistema que produzirá as decisões automatizadas não atua em um “*vácuo*”, sendo necessário que os programadores insiram, no sistema, as regras/princípios que servirão de parâmetros para a produção das decisões. Tais parâmetros, uma vez estabelecidos, serão seguidos continuamente pelo sistema, na produção das decisões.

Isso mostra então que, na verdade, a preocupação com o *tradeoff* celeridade x correção, de certo modo, muda de contexto, tornando-se uma preocupação com os critérios (regras/princípios/parâmetros) a serem inseridos no sistema, pois são estes critérios que vão estabelecer o

conteúdo da decisão automatizada. E se assim for, surge uma outra preocupação: como estes critérios estabelecerão o conteúdo da decisão, estes critérios terão reflexo direto na **justiça da decisão** (isto é, na adequação entre a decisão tomada e os contornos do caso concreto que se visa resolver através da decisão automatizada produzida). Ou seja: os critérios a serem utilizados nos sistemas de produção de decisões automatizadas precisarão, até certo ponto, replicar nossos próprios conceitos (imperfeitos e fluidos) acerca do que vem a significar a **justiça** (adequação) **da decisão** que resolve um caso concreto. Portanto, é preciso analisar como tais sistemas são construídos (quais os critérios que devem ser utilizados para a construção destes sistemas), até mesmo porque, de *lege lata*, o **art. 20 e §§<sup>17</sup>** da **Lei Federal nº**

---

<sup>17</sup> Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial,

### 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados

- **LGPD**, com a redação que lhe deu a **Lei Federal nº 13.853/2019**, já estabeleceu, no mínimo, **um critério** que estes sistemas devem obedecer: o sistema deve possibilitar a revisão das decisões tomadas por tais sistemas automatizados, sempre que o titular dos dados (*in casu*, a parte que está envolvida em um determinado caso concreto) se sentir afetado em seus interesses.

O presente estudo, assim, se justifica nestes termos: imperioso realizar uma aproximação com o tema, ainda que não se tenha a pretensão de esgotá-lo, de molde a verificar o que diz a doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, estabelecendo, com isso, alguns parâmetros iniciais que permitam um exame mais acurado de tais sistemas, e, por extensão, da justiça (adequação) das decisões produzidas por tais sistemas. Além da presente introdução, há que se passar, pois, pela demonstração de que, mesmo diante de tais limitações, a adoção de tais sistemas pela Administração Pública atende aos reclamos constitucionais de justiça,

---

autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

eficiência e economicidade, razão pela qual passaremos por alguns fundamentos econômicos e jurídicos para a adoção de sistemas de decisões automatizadas na Administração Pública.

Em seguida, apresentaremos, com base na doutrina nacional e estrangeira, alguns princípios que devem ser levados em consideração na construção destes sistemas produtores de decisões automatizadas. Além da possibilidade de revisão das decisões automatizadas produzidas por estes sistemas, outros princípios podem (devem) ser aplicáveis, como previsibilidade, consistência, transparência, dentre outros. Por fim, apresentaremos algumas conclusões acerca do tema abordado, sem a pretensão de esgotá-lo, não só em razão da novidade do mesmo, mas também em virtude das necessárias limitações de espaço inerentes à produção de artigo científico.

Diante disto, cumpre-nos conceituar, desde logo, a decisão automatizada, nos valendo dos escólios de Nazareno César Moreira Reis e Gabriel Rocha Furtado, aduzindo estes que:

A concepção de uma decisão

automatizada envolve vários elementos, e somente se tornou possível com o uso de computadores eletrônicos. Na verdade, apenas em sentido metafórico se pode falar em “decisão” aqui, porque a máquina não age de modo consciente com algum propósito, mas apenas efetua cálculos aritméticos, segundo um programa (algoritmo) e conforme os dados que a alimentam. Logo, as máquinas apenas podem emular a parcela calculável da inteligência humana, não o livre-arbítrio, nem sentimentos, nem emoções.<sup>10</sup>

Como explicam Ajay Agrawal, Joshua Gans e Avi Goldfarb<sup>11</sup>, quando a máquina toma uma decisão, ela usa dados de entrada (imagens, textos, sons, etc., que têm de ser reduzidos a um formato digital legível pela máquina), para fazer uma predição. A predição está baseada no “conhecimento” que o algoritmo ou modelo adquiriu na fase de treinamento, com os chamados dados de treinamento.

Combinando a predição com o julgamento (escolha da solução, segundo o interesse do programador/desenvolvedor, expresso no algoritmo ou modelo), a máquina de decisão automática indica uma ação a ser efetivada (por humano ou outra máquina) e essa ação leva a um resultado (eventualmente com uma recompensa associada pelo programador). O resultado fornece ao modelo um *feedback* (positivo ou negativo), que assim realimenta todo o processo para decisões futuras.

A diferença entre algoritmo e modelo é fundamental para entender posteriores desdobramentos jurídicos relacionados às decisões automatizadas. Michael Kearns e Aaron Roth<sup>12</sup> explicam que a distinção entre algoritmo e modelo está em que o segundo é o resultado da aplicação do primeiro sobre uma vasta coleção de dados. Enquanto o algoritmo é o conjunto de regras

que, aplicadas a um conjunto finito de dados, pode solucionar problemas semelhantes em tempo finito, o modelo é, por assim dizer, um algoritmo com experiência prática anterior em avaliar dados. O modelo tem, portanto, um *background* que condiciona o seu modo de tratar dados novos, encaixando-os na sua “pré-compreensão” (...)<sup>18</sup>

A decisão automatizada de que estamos tratando é, pois, fruto de um processo complexo de alimentação e realimentação dos computadores com dados, a partir dos quais programas “*aprendem*” e, no passo seguinte, “*aplicam*” este “*aprendizado*” a outros casos (dados) similares ou análogos aos que lhe foram apresentados para seu “*aprendizado*”. O exemplo é de Reis e Furtado, e bem ilustra o que se quer dizer:

<sup>18</sup> REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. *Decisões automatizadas: definição, benefícios e riscos*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em <http://civilistica.com/decisoes-automatizadas>, acesso em 23.10.2022.

Assim, por exemplo, uma máquina de reconhecimento facial para fins de localização de possíveis foragidos da justiça que estejam circulando em áreas públicas funciona da seguinte maneira: 1º) ela coleta os dados automaticamente (imagens), por meio de câmeras apontadas para os transeuntes em vias públicas (dados de entrada); 2º) o modelo utilizado para analisar esses dados, comparando-os com as imagens dos foragidos armazenadas em seus arquivos, foi previamente treinado com dados de muitos prisioneiros (dados de treinamento), de modo a fazer a associação tida como “correta” pelo programador; 3º) feito o cruzamento, se for encontrado uma correspondência (*match*), a máquina faz a *predição* de que ali está um foragido, com base no alto nível de probabilidade de a imagem coincidir com a do foragido X, por exemplo; 4º) em seguida, a máquina “julga” e aponta aquele suspeito para o operador; 5º) com base nesse julgamento, adota-se uma ação, que são os atos posteriores (que podem ser humanos ou automatizados também — no caso, a detenção do sujeito) que levarão ao resultado (no caso, prisão correta ou incorreta). Conforme esse resultado tenha sido correto ou incorreto, a depender de uma análise humana posterior, a máquina é informada,

por *feedback*, para reforçar ou não aquele julgamento.<sup>19</sup>

Estabelecida a breve conceituação, passemos, pois, ao exame dos fundamentos econômicos e jurídicos para a adoção de sistemas de produção automatizada de decisões no âmbito da Administração Pública.

## **2. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS PARA ADOÇÃO DE DECISÕES AUTOMATIZADAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Naquilo que concerne à Administração Pública nacional, os princípios gerais que regem sua atividade se encontram no **art. 37<sup>20</sup>**, *caput*, da **Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB**. Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência são os

<sup>19</sup> REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. *Decisões automatizadas: definição, benefícios e riscos*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em <http://civilistica.com/decisoes-automatizadas>, acesso em 23.10.2022.

<sup>20</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

cinco vetores de maior importância naquilo que se refere à atividades da Administração Pública no Brasil, tanto verticalmente (União, Estados, Município, Distrito Federal) como horizontalmente (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, e mais os órgãos ditos independentes, como Tribunais de Contas, os órgãos que expressam as funções essenciais à Justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia-Geral da União, Procuradorias Estaduais e Municipais, e todos os demais órgãos e entidades da Administração Pública, seja Direta, seja Indireta).

Relativamente ao tema deste estudo – decisões automatizadas – todos os cinco vetores de atuação estampados no **art. 37, CRFB** são importantes, alguns indiretamente, outros, diretamente. De forma indireta, a **legalidade** (entendida aqui como **juridicidade**

**administrativa**<sup>21</sup>), a **impessoalidade**<sup>22</sup> e a **moralidade**<sup>23</sup>,

<sup>21</sup> “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais, (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”, in BINEMBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

<sup>22</sup> “Este princípio, que se conta entre aqueles que o legislador constitucional houve por bem de explicitar (art. 37, caput), tem uma tríplice acepção. Na primeira, veda a Administração de distinguir interesses onde a lei não o fizer. Na segunda, veda a Administração de prosseguir interesses públicos secundários próprios, desvinculados dos interesses públicos primários definidos em lei. Neste caso, enfatiza-se a natureza jurídica ficta da personalização do Estado, que, por isso, jamais deve atuar em seu exclusivo benefício, mas sempre no da sociedade. Na terceira acepção, veda, com ligeira diferença sobre a segunda, que a Administração dê precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos. Como se pode observar, as três acepções confluem para definir a correta atuação do Estado, enquanto administrador, relativamente à sua indisponível finalidade objetiva, que é aquela expressa em lei, ou seja, totalmente despedido de qualquer inclinação, tendência ou preferência subjetiva, mesmo em benefício próprio, o que levou Cirne Lima a afirmar que a boa administração é a que prima pela ‘ausência de subjetividade’”, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 95.

<sup>23</sup> “A moralidade administrativa, entendida como espécie diferenciada da moral comum, atua, também, como uma peculiar derivação dos conceitos

todas elas, cumprirão função relevante relativamente aos sistemas de produção de decisões automatizadas, já que, como todas as decisões tomadas pela Administração Pública estão sujeitas à aplicação destes princípios, resta evidente que os sistemas que venham a produzir decisões também deverão obedecer (seja nos seus próprios parâmetros, seja nos parâmetros estabelecidos para as decisões a serem produzidas) estes três princípios.

De aplicação mais incisiva relativamente à fundamentação para a adoção destes sistemas, há que se falar no princípio da eficiência administrativa. Acerca do tema, vale trazer as considerações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, feitas logo após a inserção do referido princípio no rol do **art. 37, CRFB**, por força da **Emenda Constitucional nº 19/1998**:

Recém-introduzido, em 1998, no texto da

---

de legitimidade política e de finalidade pública, tal como acima estudadas. Com efeito, é a partir da finalidade, sempre contida na lei, que se estabelece em abstrato, e da legitimidade, que deve sempre resultar de sua aplicação, que se define em concreto. A autonomia deste princípio, que, como se alertou, não deve ser confundido com a moralidade *tout court*, nem, tampouco, como conceito de moralidade média, decorre de seu sentido rigorosamente técnico, como reflexo do conceito de boa e de má administração”, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96.

Constituição, e acrescentado ao rol de princípios explícitos do art. 37, *caput*, este *princípio substantivo* resultou da convergência de duas linhas de desenvolvimento.

De um lado, o conceito de *eficiência* foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como *relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados*, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de *produtividade*, ou seja, *de uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos*, daí chegando à administração privada e à pública. De outro lado, destaca-se sua origem em estudos jurídicos doutrinários de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX, por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de *poder-dever de administrar*, afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a eficácia, para estabelecer, como um passo adiante, o *dever da boa*

*administração*, que passou a ser respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da ação administrativa pública.

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de *eficácia*. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais *qualidades* intrínsecas de excelência, que possibilitam lograr-se o *melhor atendimento possível* das *finalidades* para ele previstas em lei.

Essas exigíveis *qualidades intrínsecas de excelência* haverão, por certo, de ser numerosas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de *parâmetros objetivos*, previamente fixados, destinados à aferição dos

resultados alcançados pela ação administrativa.<sup>24</sup>

Esses *parâmetros* poderão ser fixados pela lei, pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (*feed-back*) tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência *jamaiz poderá ser subjetivo*, de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle.

Após esta breve exposição, o citado autor conclui que “*Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido*

---

<sup>24</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106.

*weberiano de resultados, e como uma característica juridicamente exigível, de boa administração dos interesses públicos*<sup>25</sup>.

Como se pode ver, a eficiência, para a Administração Pública, traz dentro de si diversas vertentes e aplicações, abarcando, mas não se resumindo, à pura eficiência financeira, cujo conteúdo pode ser separado do princípio geral de eficiência da Administração Pública constante do art. 37. Neste diapasão, este “*conteúdo financeiro*” do princípio da eficiência também ganhou assento constitucional, sendo denominado “*economicidade*”. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Outro princípio substantivo de assento constitucional (art. 70), embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, o princípio da economicidade deve ser recebido como um princípio geral de Direito Administrativo, em razão de sua amplitude no desempenho da administração

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 96.

pública introversa.

Neste sentido, em parte ele é um corolário do princípio da eficiência, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira, portanto, mensurável ou estimável, entre insumos e produtos, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio matriz, a economicidade tampouco prescinde de parâmetros objetivos, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se às conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer, portanto, de uma apreciação livre e, muito menos, subjetiva dos atos da Administração, daí a necessidade de motivação quando de sua aplicação.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 107.

Em obra abordando especificamente o princípio da economicidade, Gustavo Massa Ferreira Lima aponta uma falta de consenso na doutrina quanto ao conteúdo do princípio, indicando existirem duas vertentes conceituais, uma mais restrita, outra mais ampla, “(...) a primeira, conservadora, adota um conceito mais restrito da economicidade, que salienta apenas o aspecto da modicidade dos gastos, da economia de recursos; a segunda corrente vislumbra a economicidade numa perspectiva ampla, englobando a modicidade das despesas públicas, mas levando em consideração também o retorno social obtido com tal dispêndio, ou seja, a relação custo-benefício social (...)”<sup>27</sup>.

Com efeito, dito autor traça um breve histórico acerca da introdução da economicidade na seara jurídica, a partir dos influxos da ciência econômica:

Na ciência econômica, valores sociais não ocupam um lugar tão relevante quanto o assumido no

<sup>27</sup> FERREIRA LIMA, Gustavo Massa. Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31.

mundo jurídico. Por isso, quando a economicidade é transposta para a seara jurídica, deve ser feita uma releitura, acrescentando-se parâmetros axiológicos inerentes à visão jurídica. A importação de conceitos da ciência econômica para a ciência jurídica deve ser realizada com certa cautela, sob pena de retirar a carga axiológica e teleológica que inspira o princípio da economicidade utilizado na análise dos gastos públicos.

A visão restrita da economicidade como mera economia de recursos, redução de custos, sem levar em conta a finalidade, não faz jus à real dimensão da economicidade, que deve ser analisada em sede do controle externo. É que, como parâmetro balizador da análise da alocação dos recursos públicos, a economicidade, com fito de obter o menor custo, não deve ser vista dissociada do benefício social a ser alcançado.

Parece que a antiga ideia privatista

da economicidade está ultrapassada. Economicidade não é apenas obter o menor custo, conter gastos, fazer poupança. Muito menos se apresenta como um termo vazio de valores, tal qual aduz Torres que se refere a ele como princípio vazio, como um enunciado formal.

Enquanto na esfera da iniciativa privada o planejamento de gastos visa à maximização do lucro, resumindo-se grosseiramente num encontro final entre todas as despesas efetuadas e das receitas auferidas, na esfera pública o foco deve estar voltado para a maximização do retorno social alcançado com a alocação dos recursos públicos, ou seja, a maximização do bem-estar social.

É aí que reside a carga valorativa da economicidade, na busca do bem-estar social, na perseguição do maior retorno social na alocação da verba pública. A maior vantagem financeira é substituída na órbita pública pela maior vantagem social.

Essa carga axiológica é que dá à economicidade um viés diferenciado de aplicação. O custo-benefício não deve ser visto na gestão do patrimônio público como simples operação matemático-financeira em que o resultado positivo espelha lucro. O que se deseja é alcançar o maior grau de satisfação social. Esses valores são indissociáveis do conceito de economicidade como parâmetro de avaliação das despesas públicas.

Outro ponto que carece de referência diz respeito à destinação do total economizado. Tratando-se de Administração Pública, a modicidade, a poupança, o menor custo só têm sentido se houver a possibilidade de reinvestimento em prol da coletividade. Na atividade privada, a alocação de recursos está voltada para a obtenção do lucro, ou seja, o menor custo vai servir, então, para um incremento da receita líquida ao final de determinado período; no âmbito da Administração Pública, a redução

de custos, modicidade dos gastos, só tem sentido se o total economizado, poupado, puder no futuro ser revertido em mais benefícios sociais.<sup>28</sup>

É justamente nesta vertente que o princípio da economicidade (mais até que o princípio geral da eficiência), irá justificar a adoção, pela Administração Pública, de sistemas produtores de decisões automatizadas. Dito sistema computadorizado poderá poupar recursos financeiros para a Administração Pública (mormente naquilo que toca às despesas com folha de pagamento de pessoal), sendo certo que tal poupança de recurso é bem-vinda ao permitir o remanejamento de tais recursos para o financiamento de outras políticas públicas, algumas das quais são cronicamente subfinanciadas (caso da saúde e educação públicas

<sup>28</sup> FERREIRA LIMA, Gustavo Massa. Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 33-34.

no Brasil, como exposto por Élide Graziane Pinto<sup>29</sup>).

Da mesma forma, e considerando que, na maior parte dos casos, a natureza do vínculo jurídico havido entre servidor público e Administração é estável, não sendo possível nem reduzir o custo da folha de pagamento mediante dispensa do servidor, nem reduzir o salário deste último apenas em razão da utilização de sistemas computadorizados para o exercício das atribuições carreadas originalmente ao cargo ocupado pelo servidor, a economia de recursos pode não ser simplesmente financeira, mas sim humana, surgindo a possibilidade de remanejar os servidores que antes exerciam as atividades hoje realizadas pelos sistemas computadorizados para atividades que os computadores ainda não podem assumir, com a qualidade necessária para o desempenho das atividades administrativas públicas.

É por isso que Gustavo Massa Ferreira Lima assim conceitua a economicidade: “*Reforçamos, assim, a conceituação*

<sup>29</sup> Veja-se em PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação – Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

*proposta no início deste trabalho: o princípio constitucional da economicidade é a norma constitucional que obriga o administrador público a perseguir o menor custo, na aquisição de insumos e serviços para a Administração, bem como buscar a maior quantidade e a melhor qualidade dos serviços prestados pela Administração”<sup>30</sup>.*

Vale dizer: **se for possível, ao sistema produtor de decisões automatizadas, entregar mais decisões, com a mesma qualidade das decisões produzidas pelos agentes humanos, ou qualidade superior, estará economicamente justificada a adoção do sistema computadorizado**, pois a economia gerada a partir deste sistema (eventual poupança de recursos financeiros ou de recursos humanos) poderá ser carreada para o financiamento de outras políticas públicas, de molde a melhor concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na CRFB.

Para além da economicidade (como justificativa), cumpre também invocar o princípio da publicidade, também estabelecido no art. 37, CRFB como regente das atividades

<sup>30</sup> FERREIRA LIMA, Gustavo Massa. Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 36-37.

da Administração Pública. Aqui, porém, não se trata tanto de um fundamento para a adoção dos sistemas de produção automatizada de decisões, **mas também de um limite a estes sistemas**: não só a decisão produzida deve ser publicizada (já que o conteúdo de tais decisões – sua motivação – deve obedecer aos mesmos ditames legais aplicáveis às decisões proferidas pelos servidores públicos no exercício de suas atribuições), mas também – e principalmente – os critérios utilizados para a produção das decisões automatizadas (os parâmetros internos do sistema, ou seja, seu **algoritmo**<sup>31</sup>) devem ser públicos, devendo ser possível seu escrutínio, sua contestação e, se necessário, sua modificação, para que melhor se atenda ao requisitos de justiça da decisão (adequação ao caso concreto).

Neste diapasão, cumpre acionar mais uma vez a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O Direito é, por definição, um sistema de normas de condutas

<sup>31</sup> “Conjunto de regras que fornecem uma sequência de operações capazes de resolver um problema específico”, consoante definição do Dicionário Online de Português, disponível em <https://www.dicio.com.br/algoritmo/>, acesso em 30.11.2022.

social gerais, abstratas e previamente conhecidas, o que está a indicar que a publicidade é um requisito lógico e, por extensão e do mesmo modo, para a execução de ofício do Direito pelo Estado, visando à produção derivada de quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que se poderá ter ciência, se tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu e, assim, submetê-los a controle.

Por isso, no Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como o mais importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente pode ser expressado, por sua visibilidade, que se tornará possível constatar sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, serem

aplicadas as várias modalidades de controle nele previstos.

Sob outro aspecto, a publicidade, no Direito Público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação uma vez que, sem ela, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, seria uma falácia, a sustentação dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.

No Direito Administrativo, a publicidade, como elemento essencial da ação do Estado, rege-lhe a forma, sempre vinculada à lei que a prescreva.<sup>32</sup>

Ou seja: o princípio da publicidade pode atuar como fundamento da ação administrativa, mas também lhe serve de limite, sendo este último aspecto o que mais nos interessa para o presente trabalho, na medida em que o sistema de

<sup>32</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 107.

produção de decisões automatizadas não pode ser “*opaco*”, isto é, deve ser possível entender, com razoável clareza, quais são os critérios estão sendo aplicados pelo sistema para produzir a decisão automatizada (como se verá, a preocupação com a “*opacidade*” dos sistemas automatizados de decisão é evidente na doutrina).

A preocupação com a publicidade liga-se, pois, à **possibilidade do controle da atividade decisória administrativa automatizada**, já que, como a “*opacidade humana*” é vencida pelo dever de motivação, há a necessidade de controlar a atividade do sistema automatizado. Ausente o elemento subjetivo interno e inerente ao ser humano (já que computadores não tem sentimentos, aspirações, nem elemento volitivo, agindo com base na pura lógica matemática-computacional), não se pode ter certeza, a partir da motivação da decisão automatizada, de que o sistema produtor desta decisão “*age de boa-fé*”<sup>33</sup> ao decidir.

<sup>33</sup> Evidentemente, coloca-se “*boa-fé*” entre aspas não só porque computadores não tem vontade, e, por issomesmo, não se pode carrear a eles qualquer elemento subjetivo, mas também porque, *prima facie*, não se pode garantir, com absoluta certeza, que o agente público decisor está, de fato, agindo imbuído da boa-fé subjetiva. O que ocorre, na verdade, é que o sistema jurídico, ciente desta incerteza fundamental acerca do elemento subjetivo do agente público decisor, coloca à disposição uma série de ferramentas (exceções de suspeição, recursos, impugnações, etc) aptas à

A publicidade, pois, serve como **dupla limitação** às decisões automatizadas: ao mesmo tempo em que se exige que a decisão proferida de modo automático tenha seus fundamentos divulgados (disto não diferindo de qualquer decisão, administrativa ou judicial, adotada por servidor público ao qual se atribui o poder de decidir um caso concreto posto à sua apreciação), a publicidade reclama também que, especificamente quanto aos sistemas de produção das decisões automatizadas, seja possível “*olha-lo por dentro*” e entender quais são os critérios que estão sendo aplicados para que se produza aquela decisão. É justamente o que apontam Valter Shuenquener de Araújo, Bruno Almeida Zullo e Maurílio Torres, aduzindo que:

Uma característica problemática do processo decisório por meio de algoritmos baseados em *machine learning* é a da sua falta de transparência. A chamada “*opacidade*” do algoritmo é um

afastar eventual elemento subjetivo viciado (má-fé) travestido de “*motivação decisória*”. Assim sendo, as decisões automatizadas devem poder passar pelo mesmo procedimento, como garantia formal de sua validade e adequação ao caso concreto.

ponto que já tem sido objeto de análise e debates.

Essa opacidade está relacionada a especificidades técnicas que ensejam um nível de falta de transparência quanto à forma como os algoritmos “pensam”. Alguns observadores já temem que essa nova era de inteligência artificial possa tornar a sociedade como um todo excessivamente “opaca”.

Assim, essa falta de transparência do processo decisório dos algoritmos choca-se claramente com os princípios que norteiam a Administração Pública. Numa primeira análise, o princípio da publicidade, previsto expressamente no art. 37 da Constituição da República, parece ser o mais impactado pela natureza não transparente do processo decisório dos algoritmos. Uma vez utilizados pela Administração Pública, como conciliar a falta de transparência inerente à dinâmica dos algoritmos com o princípio da

publicidade constitucionalmente previsto? Apresentando a questão de outra forma: como conciliar a opacidade algorítmica com a Lei de Acesso à Informação?

E, mais do que a simples violação ao princípio da publicidade, a falta de transparência algorítmica também pode comprometer a legitimidade democrática da decisão estatal. Isto porque a ideia de publicidade, nesse contexto, está intimamente ligada ao aspecto do controle democrático das decisões tomadas com bases em algoritmos.

Muito longe de caracterizar apenas um aspecto meramente formal, a transparência quanto às “razões de decidir” exsurge atualmente como um verdadeiro pressuposto substancial de validade de qualquer ato emanado pela Administração

Pública. O conhecimento dos motivos que levaram a Administração a decidir é um imperativo em um Estado Democrático de Direito, na medida

em que permite ao cidadão saber o porquê do ato e por viabilizar o exercício do controle popular. Assim, e especialmente em virtude do que preveem os arts. 2º, *caput* e parágrafo único, e 50, I, da Lei nº 9.784/99, a regra é a de que a ausência de divulgação do motivo (motivação) torne o ato inválido.<sup>34</sup>

Assim sendo, uma eventual principiologia para a criação/operação de tais sistemas deve, necessariamente (e até mesmo por imposição legal, *ex vi* do **art. 20 e §§ da LGPD**) levar em consideração (e buscar, tanto quanto possível, evitar e mitigar), a chamada “*opacidade algorítmica*”, na medida em que esta “*opacidade*” (a impossibilidade, por motivos técnicos, ou legais, de saber quais são os parâmetros que guiam o “*aprendizado*” do sistema produtor de decisões automatizadas e, por consequência, a própria atividade

<sup>34</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p.241-261, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1219

“*produtora*” de decisões) viola, como apontado, não só a legalidade, mas a própria legitimidade da ação administrativa. Necessária, pois, a incidência de uma principiologia específica, que possa mitigar os riscos de ocorrência de tais violações à legitimidade e legalidade administrativa, e ao próprio Estado Democrático de Direito.

### **3. UMA POSSÍVEL PRINCIPIOLOGIA PARA SISTEMAS DE DECISÕES AUTOMATIZADAS.**

Com efeito, uma possível principiologia para guiar a criação e operação de sistemas de decisões automatizadas deve permitir, tanto quanto possível, mitigar a “*opacidade*” dos sistemas, e, da mesma forma, permitir a “*revisibilidade*”, tanto das decisões proferidas pelo sistema, como também dos próprios parâmetros utilizados pelo sistema para decidir. Tratemos, primeiro, da “*opacidade*”, que é o “*primeiro e mais conhecido risco das decisões automatizadas (...)*”<sup>35</sup>. Para Reis e Furtado, citando Sejnowski:

<sup>35</sup> REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. *Decisões automatizadas: definição, benefícios e riscos*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em <http://civilistica.com/decisoes-automatizadas>, acesso em 23.10.2022.

(...) Pelo próprio volume de cálculos e pela quantidade de dados necessária para a concepção de um modelo de DL, não é acessível sequer para os desenvolvedores o processo exato por meio do qual o modelo chegou a esta ou aquela predição ou mesmo decisão, e isso naturalmente pode levantar desconfiças e suposições em relação à higidez do modelo, eventualmente exigindo uma coadjuvação humana para que ele possa ser colocado em prática. Terrence Sejnowski exemplifica bem o problema com o caso dos diagnósticos médicos: Embora possam dar resposta correta para um problema, atualmente não sabemos como as redes neurais chegam a ela. Por exemplo, suponha que uma paciente chegue a um pronto-socorro com uma dor aguda no peito. Trata-se de um infarto agudo do miocárdio, o que precisa de intervenção imediata, ou simplesmente um caso grave de

indigestão? Uma rede treinada para diagnosticar pode ser mais precisa do que o médico responsável pela triagem; mas, sem uma explicação sobre como a rede tomou a decisão, a relutância em confiar nela seria plausível. Os médicos também são treinados para acompanhar o que equivale a algoritmos, séries de testes e pontos de decisão que os orientam em casos de rotina. O problema é que há casos raros, que estão fora do escopo de seus 'algoritmos', enquanto uma rede neural treinada com muito mais casos, mais do que a média dos médicos verá em toda uma vida, pode muito bem dirimir sobre esses casos raros. Mas você confiaria mais no diagnóstico estatisticamente mais sólido de uma redeneural, sem explicação de como foi feito, do que no de um médico comum diagnóstico plausível?

A opacidade também pode decorrer de fatores comerciais. O desenvolvedor do modelo pode até saber explicar como se chegou a

certa decisão, mas a exposição desse caminho poderia revelar o seu “segredo comercial ou industrial”, que na verdade é a sua fonte de ganhos com o modelo.<sup>36</sup>

Trata-se de preocupação que também aparece na doutrina estrangeira. Ignacio Cofone, ao tratar do tema, leciona que:

A opacidade refere-se à falta de conhecimentos, ou de entendimento, dos indivíduos, acerca da forma pela qual um algoritmo chegou ao seu produto (a decisão), a partir de seus insumos (os dados que o alimenta). Entender a opacidade algorítmica é importante para definir o escopo dos direitos dos indivíduos à uma explicação na produção de decisões automatizadas e o escopo dos

<sup>36</sup> REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. *Decisões automatizadas: definição, benefícios e riscos*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em <http://civilistica.com/decisoes-automatizadas>, acesso em 23.10.2022.

interesses privados na manutenção do segredo do sistema quando estes são usados na administração da Justiça.

Opacidade é um problema para tais sistemas na produção de decisões judiciais porque tais sistemas são enviesados de formas diferentes dos seres humanos cujas funções eles substituem, e a opacidade torna esses vieses mais difíceis de detectar e reduzir. A opacidade também interfere com o direito à explicação que as pessoas sujeitas às decisões automatizadas possam ter. A opacidade complica a aplicação de entendimentos que protegem os direitos fundamentais, como a doutrina da discriminação indireta, porque é difícil corrigir um processo decisório automático que não pode ser acessado ou compreendido. A publicização dos processos algorítmicos utilizados na decisão judicial, por tal razão, é importante para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, promovendo

responsabilidade e garantindo justiça formal.<sup>37</sup>

O citado autor, prosseguindo, classifica a opacidade e indica que cada tipo de opacidade merece um tipo diferente de resposta:

A opacidade pode ser classificada em três tipos: opacidade intencional, opacidade decorrente da ignorância e opacidade inerente. Opacidade intencional ocorre quando os processos pelos quais o sistema atinge seu resultado é deliberadamente escondido. Normalmente, isso é resultado de preocupações de mercado ou com concorrência desleal. Por exemplo, o sistema COMPAS é protegido por segredo industrial, e, assim, seu código, informações de treinamento, e modelo não estão disponíveis para o público e para

<sup>37</sup> COFONE, Ignacio N. *AI and Judicial Decision-Making*, in Florian Martin-Bariteau & Teresa Scassa,

àqueles aos quais é deferida ou indeferida liberdade provisória ou fiança com base nos seus resultados. Opacidade decorrente da ignorância refere-se ao fato de que o público, em geral, não entende como funcionam os processos de Inteligência Artificial porque aprender acerca deles seria muito caro. Opacidade inerente refere-se à um certo grau de opacidade é que um resultado natural e inevitável das características de alguns algoritmos. Por exemplo, algoritmos de aprendizado profundo, nos quais há pouca intervenção humana no processo, tornam mais difícil o escrutínio acerca de como são obtidos os resultados.

Cada tipo de opacidade exige uma resposta diferente de juízes e legisladores. Opacidade intencional pode ser mitigada simplesmente obrigando a publicização do processo decisório, o que ajuda a revelar se a legislação antidiscriminação está sendo

desprezada. Opacidade decorrente da ignorância pode ser resolvida pela implementação de auditoria especializada e abordando a questão acerca de para quem deve o algoritmo ser transparente. Juízes em tribunais do júri, por exemplo, podem tratar da opacidade decorrente da ignorância garantindo que os jurados tenham ferramentas suficientes à disposição para interpretar os resultados produzidos pelo algoritmo. Por fim, como a legislação tem experiência em lidar com agentes decisórios humanos como caixas-pretas, é possível derivar lições acerca de como a lei respondeu à opacidade humana para explorar respostas à opacidade algorítmica inerente. Por exemplo, nós exigimos explicações *ex post* dos decisores humanos por meio de narrativas verbais de seus processos decisórios, como sustentações orais em julgamentos judiciais, e nós podemos exigir narrativas equivalentes para estes sistemas – exigir explicações *ex post*, ao invés de exigir interpretabilidade

algorítmica, é possível com um sistema caixa-preta.<sup>38</sup>

As mesmas preocupações (e possibilidades de solução similares) são verbalizadas por Michèle Finck:

Existem vários meios para promover transparência de sistemas automatizados de decisão. De fato, é fácil ficar tentado a pensar que a publicização dos dados e do modelo levará a processos decisórios transparentes. A transparência pode surgir quando os dados usados para aprendizado e o código-fonte são tornados públicos junto com informações relativas ao seu desenho e aos seus parâmetros. Porém, há limites importantes para este meio. Primeiro, apenas uma pequena minoria de cidadãos conseguiria entender os dados e regras algorítmicas divulgadas. Transparência sem compreensão

<sup>38</sup> COFONE, Ignacio N. *AI and Judicial Decision-Making*, in Florian Martin-Bariteau & Teresa Scassa,

preenche apenas um papelbastante limitado, e não é satisfatório como meio de responsabilidade pública. Segundo, em regra, há limites legais evidentes para tal publicização. Proteção de segredos empresariais é uma limitação óbvia e muito mencionada, mas outras regras podem impor barreiras similares. Por exemplo, tanto os dados de treinamento e o modelo podem conter dados pessoais, e na União Europeia, a legislação de proteção de dados pode servir de limite para tal divulgação pública.

A questão relevante não é apenas quais elementos do sistema são divulgados, mas também para quem e em que contexto. Tais elementos podem, de fato, ser divulgados somente em circunstâncias específicas, quando isto for considerado adequado (e não, por exemplo, quando um eventual sonogador quiser conhecer o sistema para melhor adequar sua estratégia), ou quando tal divulgação for necessária para

certificação e auditoria. Com efeito, a maneira mais apropriada de atingir transparência pode não ser por meio da transparência total de todos os elementos. Ao invés disto, a compreensibilidade do sistema de decisão automatizada pode ser um modo mais adequado de promover tal transparência.<sup>39</sup>

Repare-se que Finck trata da “*compreensibilidade*” como um remédio para lidar com aquilo que Cofone denominou de “*opacidade decorrente da ignorância*”, propondo a mesma solução, isto é, há que se examinar a adequação objetiva e subjetiva da divulgação dos dados sensíveis (isto é, em que contexto e para quem são divulgados tais dados, na medida em que tais dados só devem ser divulgados em determinadas circunstâncias e, da mesma maneira, só devem ser divulgados para quem é capaz de entendê-los). A citada

<sup>39</sup> FINCK, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative Law* (August 5, 2019), in CANE, P. et al. (eds), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-10. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3433684>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

autora segue explicitando a relação entre a transparência e a “*compreensibilidade*”:

A relação entre os conceitos de transparência e compreensibilidade é complexa. Compreensibilidade é mais estreita na medida em que não pressupõe tornar públicos dados e códigos-fonte, mas é mais larga pois vai além do mero fornecimento da informação, mas exige também com a aplicação e justificação da informação concedida. Existem vários meios de obter compreensibilidade, como por meio da análise do comportamento de um modelo de molde que não se exija a “abertura” de uma “caixa-preta”, mas que mesmo assim permita o exame de um sistema pela comparação de seus insumos e produtos. Um certo número de ferramentas técnicas para tal fim foi desenvolvido nos últimos anos. Compreensibilidade pode ser também atingida pela “abertura” da “caixa preta”, significando uma análise da lógica computacional que

transforma um insumo em um produto. O método Elvira, utilizado para redes Bayesianas (uma forma de aprendizado profundo) pode ser usado para tais fins.<sup>40</sup>

Assim, não obstante a necessidade de compreensibilidade quanto ao sistema produtor de decisões automatizadas (sendo certo que esta compreensibilidade pode se dar “*diretamente*”, por meio da “abertura” da “*caixa preta*”, ou “*indiretamente*”, através da apreciação, por *experts*, dos algoritmos componentes do sistema produtor) a citada autora arremata, apontando que, como a necessidade de compreensibilidade não se aplica só ao sistema produtor, mas às próprias decisões (venham estas da máquina ou de mãos humanas), todas as regras jurídicas postas para impor ao decisor que forneça suas razões (que são o elemento que permite que se compreenda as razões de um determinado

<sup>40</sup> FINCK, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative Law* (August 5, 2019), in CANE, P. et al. (eds), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-10. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3433684>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

decidir) devem ser aplicadas aos sistemas produtores de decisões automatizadas:

Embora haja hoje discussões amplas e em andamento acerca dos padrões éticos apropriadas para a compreensibilidade, não se deve esquecer que os sistemas legais, e em particular o Direito Administrativo já conta com padrões legais para compreensibilidade que podem e devem ser aplicados a estes sistemas. O dever de fornecer razões (como ferramenta para transparência e para permitir a revisão judicial) está, de fato, bem estabelecido em várias jurisdições e deve ser aplicado onde estes sistemas são utilizados pela Administração Pública. Por exemplo, o art. 39 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* alemã dá conta de tal ferramenta, ao passo que o art. L211-5, de 2016 do *Code des Relations entre le Public et l'Administration* francês exige explicação escrita sobre as considerações legais e factuais que

motivaram a decisão. De forma similar, o art. 41(2) da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia especifica que o direito à boa administração inclui a ‘obrigação da administração de dar razões às suas decisões’. Mesmo que se perceba no futuro que estes requisitos de compreensibilidade não são suficientes e exijam revisão ou complementação, é importante não perder de vista que o Direito já dispõe de ferramentas legais que apontam para maior transparência em sistemas algorítmicos. Ao mesmo tempo, não se deve olvidar que inteligência computacional também pode trazer efeitos benéficos para a transparência.<sup>41</sup>

Assim, como um “antídoto” para a **opacidade algorítmica** (primeira, mas não única, preocupação da

<sup>41</sup> FINCK, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative Law* (August 5, 2019), in CANE, P. et al. (eds), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-10. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3433684>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

doutrina especializada sobre o tema), em suas diversas modalidades, propõe-se que o sistemas produtores de decisões automatizadas sejam compreensíveis, ou, melhor dizendo, imbuídos de **compreensibilidade**: ou bem o algoritmo que está por trás das decisões é divulgado para especialistas (“*abrindo a caixa-preta*” para estes, na medida em que abrir o algoritmo para a totalidade das pessoas não teria efeitos benéficos, por falta de inteligibilidade) ou bem passasse ao escrutínio das decisões proferidas por tais sistemas, (já que à estas decisões automatizadas se aplicam as mesmas restrições e condições já aplicadas às decisões produzidas por mãos humanas, isto é, a obrigação de fornecer os fundamentos de tais decisões).

Além do âmbito da compreensibilidade (como princípio aplicável à construção destes sistemas), defende-se ainda que tais sistemas sejam construídos de molde a serem “*contestáveis por desenho*” (*contestability by design*). Esta contestabilidade inserida no sistema permitirá que haja intervenção humana sempre que seja necessário relativamente a uma dada decisão automatizada. À rigor, a contestabilidade, como princípio para construção e operação destes sistemas, encontra fundamento na necessidade de

uma “*revisão sistêmica*” (isto é, relativa não às decisões tomadas, individualmente consideradas, mas à construção e operação do próprio sistema e aos princípios e regras nele embutidos). Abe Chauan relata que:

Em anos recentes, os tribunais se dispuseram a lidar com ações que questionam não só as decisões individuais (*downstream*) tomadas por agentes públicos no manuseio de tais sistemas, mas também ações que exigem a revisão das decisões tomadas em relação à criação, aplicação e gerenciamento de tais sistemas (*upstream*). Este fenômeno primeiro aparece naquilo que Carol Harlow e Rick Rawlings descrevem como revisão procedimental estrutural. O caso principal é *R (Refugee Legal Centre) v Secretary of State for the Home Department*, e tratou de um bem-sucedido questionamento à um procedimento de aceleração de concessão de asilo. A Corte de Apelação considerou que um limite apropriado para a ilegalidade a

existência de risco inaceitável de injustiça nas decisões individuais. As características relevantes da linha de casos a partir de *Refugee Legal Centre* foram sumarizadas em *R (Woolcock) v Secretary of State for Communities and Local Government*. Hickinbottom, como Juiz Presidente na Alta Corte, estabeleceu um número de requisitos para que se encontre ilegalidade, entre eles (i) um limite alto para risco inaceitável; (ii) o fato que o risco é inerente ao sistema e que deve ser distinguido de múltiplas ocasiões de injustiças aberrantes nas decisões individuais e (iii) a necessidade de se observar todos os casos que passam pelo filtro do sistema. Este critério final resultou na adoção pelos tribunais de uma dinâmica *ex post* de testagem dos sistemas decisórios, descritos como “auditorias dos sistemas”. Um caso instrutivo é *R (Medical Justice) v Secretary of State for the Home Department*, no qual o Juiz Freedman entendeu que a regulamentação para a “janela de

retirada”, na qual os indivíduos recebem entre três e sete dias para deportação a retirada não ofende a justiça na medida em que poucas deportações equivocadas foram invocadas pelo reclamante.<sup>42</sup>

Trata-se, à toda evidência, de uma auditoria acerca do sistema produtor de decisões automatizadas, determinada e realizada pelo Poder Judiciário, de forma repressiva (*ex post facto*), e que visa garantir que a estrutura do sistema é de tal modo que as decisões injustas/ilegais sejam a exceção (já que o risco de produção de uma decisão injusta é um risco inerente ao sistema) e não a regra (pois, neste caso, há indicativo de que o sistema é “*defeituoso*”). Ainda de acordo com Chauhan:

Esta abordagem sistêmica permitiu aos tribunais atacar as questões associadas com a revisão de

<sup>42</sup> CHAUHAN, Abe. *Towards the Systemic Review of Automated Decision-Making Systems* (2021), *Judicial Review*. Disponível em <https://doi.org/10.1080/10854681.2020.1871714>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

sistemas administrativos, como dito anteriormente. Os litígios têm sido em regra conduzidos por associações representados segmentos vulneráveis e marginalizados da população que, de outro modo, não estariam aptos à buscar tais revisões. Além disto, a revisão foca-se nas fontes dos erros dentro dos sistemas, a partir do parâmetro do risco inaceitável. Esses desenvolvimentos ressaltam o aspecto prospectivo da revisão judicial, que busca não apenas impedir injustiças mas também encorajar a boa administração; questionamentos sistêmicos pode ser feitos antes que injustiças (*downstream*) ocorram (embora situações injustas produzidas pelo sistema possam ser vantajosas, no sentido de reunir provas para a auditoria do sistema) e então a revisão procedimental estrutural pode prevenir, ao invés de apenas remediar, danos.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> CHAUHAN, Abe. *Towards the Systemic Review of Automated Decision-*  
728

Assim, para que se evite, cada mais vez, a necessidade de auditar tais sistemas *expost facto* (quando o dano já foi causado), é possível construir o sistema já com essa possibilidade em mente, através de uma abordagem preventiva (onde as possibilidades dedano são consideradas *ex ante* e solucionadas). É a lição de Marco Almada:

Mas qual é o significado de uma abordagem preventiva para a intervenção humana? Em um sentido, uma abordagem preventiva pode ser vista como uma intervenção antecipada que permite aos sujeitos cujas informações estão no sistema contestar as hipóteses e as escolhas de desenho feitas a cada estágio do desenvolvimento e implantação da inteligência artificial, ao invés de apenas somente o produto decisório do processamento automatizado,

*Making Systems* (2021), *Judicial Review*. Disponível em <https://doi.org/10.1080/10854681.2020.1871714>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

através do uso de ferramentas como o desenho participativo. Embora segredos comerciais ou preocupações práticas possam restringir a extensão da adoção real desta abordagem, informações tempestivas podem apontar questões potenciais em um sistema automatizado de decisão antes que eles se manifestem através de resultados danosos.

Outra abordagem preventiva para a intervenção humana pode ser considerar, a cada estágio do desenvolvimento e implementação do software, o que pode ser feito para permitir aos sujeitos cujas informações estão no sistema para se opor, adequadamente, à uma decisão que pode decorrer do sistema final. Medidas para este objetivo podem incluir a construção de plataformas auxiliares para a apresentação de pedidos de intervenção ou a apresentação de regras decisórias em formatos acessíveis ao entendimento humano, dentre outras. Essa

abordagem pode ser implementada ou como substituto ou como complemento de medidas de intervenção tempestiva, e podem reduzir substancialmente o esforço para que os sujeitos cujas informações estão no sistema devem fazer para exercer o seu direito. Um sistema que siga qualquer (ou ambos) o(s) sentido(s) pode ser dito contestável por desenho, já que a possibilidade de contestação humana acerca da decisão produto do sistema será parte dos seus critérios de aceitação. Contestabilidade por desenho pode ser vista como análoga de outro conceito mais bem estabelecido: privacidade por desenho, isto é, a ideia de que as preocupações relacionadas à privacidade devem ser tratadas como atributos de qualidade do software que são consideradas desde os estágios iniciais de desenvolvimento do programa até o final da vida útil operacional de um sistema. Contudo, contestabilidade por desenho não deve ser reduzida à

um subconjunto de privacidade por desenho, pois tais abordagens buscam objetivos diferentes – a proteção da autodeterminação humana e o controle sobre os sistemas automatizados, para o primeiro, e a preservação da esfera privada, para o segundo – que podem ser buscados de forma independente e até mesmo contraditória: por exemplo, desenhistas do sistema podem ter de sacrificar parte da privacidade dos usuários de molde a permitir a sujeitos cujas informações estão no sistema acesso aos dados que serão relevantes para sua decisão acerca da necessidade de contestar ou não determinada decisão. Ou, na direção oposta, pode não ser possível divulgar informação que é relevante para os processos decisórios de um algoritmo sem revelar informação pessoal de outros sujeitos cujas informações estão no sistema. A conciliação adequada destes padrões vai depender das circunstâncias de cada caso prático, mas exigirá um

entendimento claro dos objetivos que a contestabilidade por desenho pretende atingir.<sup>44</sup>

Nesta toada, Almada conclui que

No mínimo, um sistema que é contestável por desenho deve ser construído de forma a permitir à usuários e terceiros de buscar efetivamente intervenção humana em uma dada decisão automatizada. O exercício deste direito irá exigir que a parte interessada tenha acesso a informação relevante (...) e também acesso aos canais adequados, automatizados ou não, para solicitar intervenção. Contestabilidade por desenho também reúne medidas que, mesmo que não explicitamente exigidas pela regulamentação pertinente, garanta que os direitos e

<sup>44</sup> ALMADA, Marco. *Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems*. Disponível em <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3322640.3326699>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

interesses dos sujeitos sejam protegidos, e, que, se tal linha de proteção falhar, tais sujeitos poderão exercer de modo efetivo o direito à intervenção de forma que sejam adequadas com a proteção da esfera interna incomputável.<sup>45</sup>

O referido autor, em sua obra, oferece ainda alguns parâmetros para o desenho de um tal sistema contestável, o que foge ao presente escopo. Aqui, para os nossos fins, impende concluir, apontando que, para além dos princípios jurídicos que já incidem sobre o **conteúdo** das decisões produzidas de forma automatizada (pois, como dito, tais decisões, uma vez adotadas pela Administração Pública, devem passar pelos mesmos parâmetros de escrutínio pelos quais passam as decisões produzidas por mãos humanas), há que se apontar também a **compreensibilidade** e a **contestabilidade por desenho** como princípio a serem

<sup>45</sup> ALMADA, Marco. *Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems*. Disponível em <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3322640.3326699>, acesso em 23.10.2022, tradução livre.

considerados no momento da construção e implementação de sistemas produtores de decisões automatizada.

#### **4. CONCLUSÃO.**

Como foi possível verificar, os princípios que dão suporte à atuação da Administração Pública, constantes do **art. 37, caput**, da **CRFB**, indicam não só que é possível para a esfera pública adotar sistemas de produção de decisões automatizadas, mas também que a implementação de tais sistemas pode trazer vantagens palpáveis para a Administração, como a economia de recursos financeiros e humanos (os quais podem ser carreadas para outras atividades que exijam mais recursos financeiros ou que ainda exijam intervenção humana), além, é claro, da própria preservação da isonomia (já que uma das principais vantagens – e risco – de tais sistemas produtores de decisões automatizadas está justamente na ausência de vieses humanos no momento da apreciação do caso concreto).

Não obstante, como tais decisões, no âmbito da Administração Pública, ganharão a chancela de legalidade inerente às decisões da esfera pública tomadas por mãos

humanas, há uma preocupação (legítima) da doutrina acerca do modo de produção de tais decisões. Vale dizer: embora o sistema automatizado atue sem os vieses do tirocínio humano, esta mesma atuação “*neutra*” pode “*esconder*” os vieses dos humanos que construíram as regras necessárias à operação do sistema automatizado. Além disto – e considerando que muitas das “*regras*” inerentes a estes sistemas são “*produzidas*” pelo próprio computador, sem intervenção humana e a partir das informações iniciais que são fornecidas para a máquina, é possível que estas “*regras*” adquiram o “*colorido*” advindado conjunto de informações iniciais entregues ao computador (daí também resultando vieses que afastam a suposta “*neutralidade*” da máquina). Assim sendo, há a necessidade de impor, à construção de tais sistemas, uma principiologia peculiar, que lhes seja própria, e que permita a construção e implementação de tais sistemas sem os vícios apontados.

Além dos princípios já aplicáveis à todas as decisões da Administração Pública (que incidem sobre as decisões por esta tomada, seja por mãos humanas, seja produto da máquina, mas que incidem sobre o conteúdo da decisão tomada, e não sobre o agente decisor), são indicados ao

menos dois princípios que devem guiar a criação e implementação de tais sistemas decisórios: a **compreensibilidade** (como forma de combater as diversas modalidades de opacidade algorítmica inerentes a tais sistemas) e a **contestabilidade por desenho** (de maneira a guiar a construção e implementação do sistema permitindo a intervenção humana corretiva à cada passo, ao invés de apenas permitir a oposição à decisão individual tomada após a construção do sistema).

A **compreensibilidade**, como corolário da transparência e da responsabilidade, implica na necessidade do ser humano entender, de forma adequada, como aquele determinado algoritmo toma a sua “*decisão*”, afastando assim a opacidade do sistema (isto é, a sensação de que o programa de computador é uma “*caixa-preta*” com parâmetros decisórios desconhecidos, ou, pior, incognoscíveis) e permitindo aos seres humanos (que estarão sujeitos àquela decisão) entendam, adequadamente, como aquela decisão foi produzida. Isso pode se dar de diversas formas, seja pelos meios já previstos em Direito (como é o caso de “*obrigar*” a máquina a fornecer suas “*razões de decidir*” e, a partir daí, permitir sua impugnação), seja por novos meios (como é o

caso da auditoria de experts sobre o *software* do sistema, de molde a preservar o eventual segredo comercial, ao mesmo tempo em que se passa a compreender a forma de operação do sistema).

Já a **contestabilidade por desenho** atua de forma preventiva, visando evitar/mitigar a necessidade de atuação repressiva sobre decisões já tomadas pelo sistema, pugando pela possibilidade de intervenção humana em cada passo da criação e da implementação de tais sistemas produtores de decisões automatizadas, solucionando *ex ante* determinados problemas do sistema que podem, acaso deixados no sistema, causar decisões injustas e danos *ex post*. Esta contestabilidade por desenho pode (deve) ser implementada por diversos meios, mas deve sempre garantir a possibilidade de que seres humanos (mesmo com seus vieses e “*pré-conceitos*”) assumam as rédeas da formação das regras decisórias inerentes aos sistemas automatizados, evitando, assim, que a máquina tome o controle por completo e também permitindo (como corolário da **compreensibilidade**) a eventual responsabilização, perante o Direito, dos criadores e operadores do sistema, sempre que este dar causa à danos em função de sua utilização.

Trata-se, por óbvio, de tema recentíssimo, ainda por formar uma “*massa crítica*” doutrinária capaz de melhor guiar os desenvolvimentos concretos da Administração Pública neste sentido. Tal “*massa crítica*”, porém, há de se formar, até mesmo em virtude da quantidade de estudos que tratam do tema, por diversos aspectos (tal motivo, além da evidente limitação de espaço de um artigo científico, apontou no sentido da impossibilidade de esgotamento do tema). Cabe-nos, em continuidade ao presente estudo, seguir analisando o tema, desde já apontando que, embora as vantagens da adoção de tais sistemas sejam muitas (possivelmente indicando sua adoção), os riscos não são triviais e, por isso mesmo, merecem uma abordagem mais aprofundada da doutrina especializada, de molde a que não se construa, no futuro, um sistema (re)produtor de injustiças.

Sendo a Administração Pública o patrimônio dos que não têm patrimônio, e sendo a justificativa de sua própria existência o atuar na concretização dos direitos fundamentais, não há como se justificar que a substituição do homem pelo computador se dê de maneira a trazer malefícios à coletividade.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ALMADA, Marco. *Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems.*

Disponível em <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3322640.3326699>, acesso em 23.10.2022.

\_\_\_\_\_. *Revisão Humana de decisões automatizadas.* Disponível em [https://www.academia.edu/download/61654643/Almada\\_PosDebate201920200101-35278-e04lh4.pdf](https://www.academia.edu/download/61654643/Almada_PosDebate201920200101-35278-e04lh4.pdf), acesso em 23.10.2022.

ARAÚJO, Theo, HELBERGER, Natali, KRUIKMEIER, Sanne, DE VREESE, Claes H. *In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence.* Disponível em <https://doi.org/10.1007/s00146-019-00931-w>, acesso em 23.10.2022.

\_\_\_\_\_. *Who is the fairest of them all? Public attitudes and expectations regarding automated decision-making.* Disponível em <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0267364920300613>, acesso em 23.10.2022.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. *Big Data, algoritmos e inteligência*

artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 241-261, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1219.

BARBOSA, Tales Schmidke. *O Direito à explicação nas decisões automatizadas: uma análise à luz do Devido Processo Informacional e do sistema jurídico brasileiro.* Dissertação (Mestrado em Direito). PUC-RS, 2022. Disponível em <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/10294>, acesso em 23.10.2022.

BARYSÉ, Dovidé; SAREL, Roe, *Algorithms in the Court: Does it Matter Which Part of the Judicial Decision-Making is Automated?* (September 2, 2022). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=4208203> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4208203> acesso em 23.10.2022.

BRANTING, L. Karl. *Automating Judicial Document Analysis.* Disponível em <http://ceur-ws.org>, acesso em 23.10.2022.

\_\_\_\_\_. *Techniques for Automated Drafting of Judicial Documents.* Disponível em <https://doi.org/10.1093/ijlit/6.2.214>, acesso em 23.10.2022.

\_\_\_\_\_, SARTOR, Giovanni (ed.). *Judicial Applications of Artificial Intelligence.* Disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-015->

9010-5, acesso em 23.10.2022.

BINEMBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINNS, Reuben. *Algorithmic Decision-making: A Guide For Lawyers*. Judicial Review (2020). Disponível em DOI: 10.1080/10854681.2020.1732739, acesso em 23.10.2022.

\_\_\_\_\_. *Human Judgement in algorithmic loops: Individual justice and automated decision-making*. Disponível em

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/rego.12358>, acesso em 23.10.2022.

CARDOSO, Nathália Cristina Rodrigues. *Decisões Automatizadas e a (in)efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais: Um estudo à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, 2020. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14916>, acesso em 23.10.2022.

CHAUHAN, Abe. *Towards the Systemic Review of Automated Decision-Making Systems* (2021), *Judicial Review*. Disponível em

<https://doi.org/10.1080/10854681.2020.1871714>, acesso em 23.10.2022.

COBBE, Jennifer. *Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making*. *Legal Studies* 1–20 (2019). Disponível em <https://doi.org/10.1017/lst.2019.9>, acesso em 23.10.2022.

\_\_\_\_\_, LEE, Michelle Seng Ah; SINGH, Jatinder. *Reviewable Automated Decision-making: A framework for accountable algorithmic systems*. Disponível em <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3442188.3445921>, acesso em 23.10.2022.

COFONE, Ignacio N. *AI and Judicial Decision-Making*, in Florian Martin-Bariteau & Teresa Scassa, eds., *Artificial Intelligence and the Law in Canada* (Toronto: LexisNexis Canada, 2021), ch. 13. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3733951>, acesso em 23.10.2022.

COSTA, Carla Sofia Marques da. Os reflexos da automatização da Administração Pública na sua responsabilidade. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo). Universidade Católica Portuguesa (2020). Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/37651>, acesso em 23.10.2022.

FERREIRA LIMA, Gustavo Massa. Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FINCK, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative*

*Law* (August 5, 2019), in CANE, P. et al. (eds), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-10. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3433684>, acesso em 23.10.2022.

FREIRE DE SÁ, M. de F.; MACENA DE LIMA, T. M. Inteligência artificial e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o direito à explicação nas decisões automatizadas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [S. l.], v. 26, n. 04, p. 227, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/584>, acesso em 23.10.2022.

HALL, Claire. *Challenging Automated Decision-making by Public Bodies: Selected Case Studies from Other Jurisdictions* (2020), *Judicial Review*. Disponível em <https://doi.org/10.1080/10854681.2020.1732738>, acesso em 23.10.2022.

JARDIM, Ana Teresa Ferreira França et al. Procedimento Administrativo Electrónico. **Trabalho de Pós-Graduação em Procedimento Administrativo, Lisboa: ICJP**, 2011. Disponível em <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1052-2358.pdf>, acesso em 23.10.2022.

MACHADO, Cristina Maria da Silva Lopes e Navarro. A Decisão Administrativa Electrónica – Emergência da Regulação do Procedimento Administrativo Electrónico. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo).

Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/11953>, acesso em 23.10.2022.

MCKAY, Carolyn. *Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making* (2019). *Current Issues in Criminal Justice*. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10345329.2019.1658694>, acesso em 23.10.2022.

MÉTAYER, Lucie Cluzel. *The Judicial Review of the automated Administrative Act*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2022, Vol. 1, Ed. 1-2 (junho/dezembro). Disponível em <https://www.erdalreview.eu/publicazioni/estratti/10.4399/97888255389609-the-judicial-review-of-the-automated-administrative-act-estratto.html>, acesso em 23.10.2022.

MONTEIRO, Renato Leite. *Existe um Direito à Explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?* Disponível em <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>, acesso em 23.10.2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORISON, John; HARKENS, Adam. *Re-engineering justice?*

*Robot judges, computerised courts and (semi) automated legal decision-making.* Disponível em <https://doi.org/10.1017/lst.2019.5>, acesso em 23.10.2022.

PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação – Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015

REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. *Decisões automatizadas: definição, benefícios e riscos.* **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em <http://civilistica.com/decisoes-automatizadas>, acesso em 23.10.2022.

SCHERTEL MENDES, L.; MATTIUZZO, M. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Direito Público**, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>, Acesso em: 23 out. 2022.

SUEUR, Andrew Le. *Robot Government: Automated Decision-making and its implications for Parliament.* Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2668201](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2668201), acesso em 23.10.2022.

TEIXEIRA, Victor Eptácio Cravo. Entre máquinas administrativas e governos inteligentes: uma crítica da racionalidade no Direito Administrativo e uma proposta para os desafios do século XXI. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, 2020. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/39235>, acesso

em 23.10.2022.

VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346>, acesso em 23.10.2022.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GALLO, William Ivan. Inteligência artificial e capacidades regulatórias do Estado no ambiente da administração pública digital. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 67-86, out./dez. 2020. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1396>, acesso em 23.10.2022.

VIVEIROS, Rodrigo Benevides. Os princípios aplicáveis à Administração Eletrônica – Reflexos da Reforma do CPA e novas tendências do Direito Administrativo. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo). Universidade Católica Portuguesa (2017). Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/28733>, acesso em 23.10.2022.

ZALNIERIUTE, Monika; MOSES, Lyria Bennet; WILLIAMS, George. *The Rule of Law and automation of Government Decision-making. The Modern Law Review.* Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12412>, acesso em 23.10.2022.

## O DIREITO À ÁGUA E AS FAVELAS: UMA ANÁLISE DO CASO DA PRIVATIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO RIO DE JANEIRO

**Eduardo Chow De Martino Tostes**

Doutor e mestre pela UFF. Defensor Público Coordenador do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado da UFF, PUC-Rio e UCAM. Diretor Acadêmico da Escola da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ). eduardo\_tostes@id.uff.br

**Carlos André Coutinho Teles**

Doutorando pelo PPGDIN da UFF (Bolsista CAPES/DS). Mestre em Direito pelo PPGD da UVA (2018). Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo IBMEC (2016). Pós Graduado em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor (2006) pela UCAM. Advogado. E-mail: carlosandreteles@id.uff.br

### RESUMO

Esta pesquisa busca analisar o direito de acesso à água potável aos moradores de favelas do Rio de Janeiro em tempos de privatização do saneamento básico, à luz do cotejo necessário deste direito com o recorte das classes sociais e espaciais da cidade. Compreendido como um direito humano, pretende-se buscar explicações e compreensões criticáveis das diversas fontes de grave violação a este direito. Partindo da noção de direito como linguagem, busca-se compreender a forma como a construção do direito à água é compreendido diferentemente nos diferentes espaços da cidade. Através do método genealógico, com a utilização de ferramentas

748

metodológicas baseadas em análise de casos concretos do Rio de Janeiro, além da pesquisa bibliográfica; ao final, o presente estudo buscará refletir sobre a revelação da lente hoje posta para os mercedores deste restrito direito de acesso à água antes e pós concessão do saneamento básico no Estado. Considerações de uma política pública não baseada em critérios excludentes, articulação entre os atores da justiça com a Universidade, à luz do empoderamento dos concernidos, tensionando adequadamente o poder público para caminhar em direção à dignidade de todas as pessoas, independentemente de onde moram, é um objetivo que se propõe a discutir nesta pesquisa.

Palavras chave: Direito à água; direito humano; discriminação hidrossocial; concessão saneamento; favela.

### ABSTRACT

This research seeks to analyze the right of access to drinking water for the residents of Rio de Janeiro's favelas in times of privatization of basic sanitation, in light of the necessary comparison of this right with the cutout of social and spatial classes in the city. Understood as a human right, we intend to seek explanations and critical understandings of the various sources of serious violation of this right. Starting from the notion of right as language, we seek to understand how the construction of the right to water is understood differently in the different spaces of the city. Through the genealogical method, with the use of methodological tools based on analysis of concrete cases from Rio de Janeiro, in addition to bibliographic research; at the end, this study will seek to reflect

749

on the revelation of the lens currently posed to the deserving of this restricted right of access to water before and after the concession of basic sanitation in the state. Considerations of a public policy not based on exclusionary criteria, articulation between the actors of justice and the University, in the light of the empowerment of those concerned, adequately tensing public power to move towards the dignity of all people, regardless of where they live, is a goal that we propose to discuss in this research.

Key words: Right to water; human right; hydrosocial discrimination; sanitation concession; slum.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca verificar e revelar os desafios atuais acerca da efetivação do direito à água potável nas favelas do Rio de Janeiro, dentro do grande quadro do direito do consumidor e ao saneamento básico, a partir da lente do sistema de justiça e da gestão política da cidade, refletindo à luz do caso da privatização do serviço de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro ocorrido no ano de 2021.

A questão de fundo revela uma possibilidade de início do fim de um ciclo permante de uma política discriminatória de acesso à água, com a desnudação de categorias pretensamente científicas que ‘explicam’ a negação deste direito a um imenso contingente de pessoas, invisibilizadas, por morarem em áreas ‘irregulares’ ou mais carentes, em contraposição àqueles que tem o acesso a estes direitos

garantidos de forma absoluta, porque moram em áreas ‘regulares’ ou mais abastadas da cidade.

Compreender esta tensão social existente e, portanto, observar com atenção científica devida dos processos estruturantes para a garantia do princípio da justiça a todos, sem excluir as pessoas mais desfavorecidas, é observar os espaços possíveis caminhos necessários em prol da efetivação da promessa constitucional de dignidade da pessoa a todos os seres humanos, à luz da igualdade entre os consumidores, sem distinção em razão da raça ou classe social (SOUZA NETO, 2012).

O objetivo inicial desta investigação consiste em uma observação da forma de exercício da política pública de acesso a bens primários e do exercício da atuação do Estado do Rio de Janeiro e da Defensoria Pública, de maneira a demonstrar como, à luz do realismo jurídico, o conceito do direito fundamental à água pode ser revelado e relido a partir de uma atuação estratégica com diferentes atores unidos em prol da efetivação universal deste direito humano a todas as pessoas.

Utilizando-se o método genealógico (FOUCAULT, 2013), buscando compreender a emergência de configurações singulares de sujeitos, objetos e significações nas relações de poder (MORAES, 2018), revelando e apontando novos caminhos no critério de direito à água independentemente de sua classe social e território de moradia, revelando a existência de milhões de pessoas carentes invisibilizadas da sociedade, de forma a tentar encontrar outros caminhos e direções na jornada de nossa sociedade, à luz de uma identidade nacional inclusiva e integralista (LEMOS; CARDOSO JÚNIOR, 2009, p. 21).

No que tange à questão-problema, o presente artigo investiga como foi analisada a expansão da rede de abastecimento de água nas favelas do Rio de Janeiro. A hipótese defendida é que a previsão no contrato de concessão de expansão de rede para as comunidades carentes de todo o Estado fluminense se deu através de uma escolha política e jurídica tensionada pelos concernidos e pelos operadores do direito, sendo fruto de um histórico embate conceitual do direito humano à água, pautado em critérios relevantes de raça, classe social e território, não sendo, portanto, baseada em elementos puramente mercadológicos e de discriminação hidrossocial. Os instrumentos metodológicos utilizados nesta pesquisa foram a análise de casos concretos do Rio de Janeiro, dados públicos de órgãos oficiais e pesquisa bibliográfica.

O presente artigo inicia com a análise do contexto histórico hidrossocial no Rio de Janeiro. Avança com a análise das vicissitudes relativas à privatização do saneamento básico ocorrida no Rio de Janeiro, no ano de 2020 e 2021, com um ênfase no contexto das favelas. Finaliza a presente pesquisa com as considerações finais reveladas neste ensaio.

## 1. ÁGUA E A CIDADE DO RIO DE JANEIRO

A abordagem histórica aqui desenvolvida concentra-se na análise do que já passou, observando o passado para se revelar elementos significativos do presente para se tratar da nossa questão-problema sobre o acesso à água, mas, sem intenção de uma explicação ilusória de um regresso histórico *ad infinitum* (KOSELLECK, 1999, p. 11).

Este item da pesquisa busca analisar o processo histórico de urbanização da cidade do Rio de Janeiro, enfatizando-se o aspecto relevante a este estudo, que é o abastecimento de água neste contexto, buscando a gênese da utopia da concepção da água nos dias atuais no Direito oficial.

Trata-se de uma análise que aborda o aspecto urbanístico e histórico, pautando o início deste desenvolvimento científico, para fins de se situar a pesquisa e embasar as reflexões que pretendemos explorar na construção do atual direito de acesso à água, em especial, nas comunidades carentes da cidade a partir da recente privatização do serviço público ocorrido.

Compreender o desenvolvimento da cidade, expondo a relação entre a implementação de serviços públicos (aqui incluído o abastecimento de água) e a existência e surgimento de comunidades carentes, guetos, favelas, aglomeramentos subnormais, áreas informais ou qualquer outra denominação que compreenda estes espaços de vivência de pessoas mais carentes de nossa cidade, revela-se elucidativo para entender como nosso território foi construído para aceitar espaços de não-direitos mínimos a determinada classe de pessoas não tidas como integradas à nossa sociedade.

Relevante, portanto, evidenciar como surgem as favelas, como surgem as comunidades carentes à luz desta evidenciação da discriminação dos vulneráveis na história.

Roncayolo, a partir de uma análise interdisciplinar dos estudos da cidade e de um olhar retroativo, com base em vestígios de relações sociais de seu passado, logra localizar a origem do conceito de gueto em relação à localização das

comunidades judaicas durante a Idade Média, sendo, posteriormente, este conceito aplicado na Europa e nos Estados Unidos em relação aos núcleos étnicos, associados a minorias culturais, onde é a discriminação social que reconstitui guetos de fato (1978, p. 119).

Tal discriminação se revela pelo olhar indiferente àquele lugar por parte dos políticos que gerem a cidade, mas também, como será abordado nesta pesquisa, por parte dos operadores do direito que não observam que os direitos são criados para manter uma situação injusta estabelecida e com uma vontade popular hegemônica de manutenção por parte das elites sociais que dominam os estratos sociais e de opinião pública da sociedade.

Originariamente, o Morro da Favella foi a denominação utilizada entre o final do século XIX e o início do século XX para o Morro da Providência, ocupada em 1897, que tem sua história ligada à guerra de Canudos, cujos antigos combatentes ali se instalaram com a finalidade de pressionar o ministério da Guerra a pagar seus soldos. Posteriormente, Morro da Favella passou a denominar qualquer conjunto de barracos aglomerados sem traçado de ruas nem acesso aos serviços públicos, sobre terrenos públicos ou privados invadidos; um habitat pobre, de ocupação ilegal e irregular, sem respeito às normas e geralmente sobre encostas. A escolha do nome favela possui “duas explicações: a planta favella encontrada na vegetação que recobria o morro da Providência; e a resistência dos combatente no morro baiano da Favella durante a guerra de Canudos” (DO PRADO VALLADARES, 2005, p. 26–29).

Urbanistas como Mattos Pimenta entendiam a favela como uma "lepra da estética", sendo necessário reformismo de modernização e embelezamento do Rio de Janeiro, pois ali seria um espaço anti-higiênico, insalubre, local de concentração de pobres perigosos e área sem lei (Idem, p. 42).

A definição de favela de maneira pejorativa, desde o início de sua pesquisa científica e técnica, revela o olhar excludente e marginalizante este território mal visto pelo poder constituído, como se percebe da conceituação de Agache ao dizer que é como uma espécie de cidade satélite de formação espontânea, que escolheu, de preferência, o alto dos morros, composta porém de uma população meio nomada, avessa a toda e qualquer regra de higiene; ou mesmo a política de demolição de favelas positivado no art. 349 do capítulo XV do Código de Obras de 1937.<sup>46</sup>

Ressaltar o racismo presente nos estudos científicos produzidos à época sobre as favelas nos ajuda a compreender como uma política e um direito de ausência de acesso à água, bem vital a qualquer ser humano, pôde ser desenvolvida sem se considerar os moradores de favelas como merecedores, ou

<sup>46</sup> Art. 349º do Código de Obras do Rio de 1937 - A formação de favelas, isto é, de conglomerados de dois ou mais casebres regularmente dispostos ou em desordem, construídos com materiais improvisados e em desacordo com as disposições deste Decreto, não será absolutamente permitida.

§9º - A Prefeitura providenciará como estabelece o Título IV do Capítulo deste Decreto para a extinção das favelas e a formação, para substituí-las, de núcleos de habitação de tipo mínimo.

Disponível em [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4868406/4128397/codigo\\_obras\\_1937\\_parte\\_1.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4868406/4128397/codigo_obras_1937_parte_1.pdf). Acesso em 09 fev 2022.

melhor, como seres humanos aptos a serem destinatários deste serviço público:

Filho de uma raça castigada, o nosso negro, malandro de hoje, traz sobre os ombros uma herança mórbida por demais pesada para que a sacuda sem auxílio, vivendo no mesmo ambiente de miséria e privações; não é sua culpa, se antes dele os seus padeceram na senzala, e curaram suas moléstias com rezas e ‘mandingas’.

É de espantar, portanto, que prefira sentar-se na soleira da porta, cantando, ou cismando, em vez de ter energia para vencer inércia que o prende, a indolência que o domina, e resolutamente pôr-se a trabalhar?

Para que ele o consiga, é preciso, antes de mais nada, curá-lo, educá-lo, e, sobretudo, dar-lhe uma casa onde o espere um mínimo de conforto indispensável ao desenvolvimento normal da vida (SILVA, 1942,p. 62-63).

No Censo das Favelas, publicado em 1949, a linguagem racialmente preconceituosa oficial do Estado se verifica de forma mais clara ainda, uma coisificação da pessoa:

Não é de surpreender o fato de os pretos e pardos prevalecerem nas favelas. Hereditariamente atrasados, desprovidos de ambição e mal ajustados às exigências sociais modernas, fornecem em quase todos os nossos núcleos urbanos os maiores contingentes para as baixas camadas da população.

As características e a capacidade biológicas de um povo são transmitidas através de várias gerações e constituem substratum sobre o qual a sua vida é edificada. (...) O preto, por exemplo, via de regra não soube ou não pode aproveitar a liberdade adquirida e a melhoria econômica (...) renasceu-lhe preguiça atávica, retornou a estagnação que estiola (1949, p. 8 – 19).

A periferia é o retrato de uma crítica a um processo de integração que nunca conseguiu se efetivar. De acordo com Oliveira, o Brasil é um país extremamente racista, e o país só existe porque é racista, foi construído sobre corpos negros; e se sustenta racista somente com uma sustentação jurídica que lhe fundamenta até os dias atuais, o que se denomina de "juristas de estimação" (2020).

Compreender o que é justo ou não, analisar esta situação nas realidades das favelas é uma tarefa árdua, imprecisa, conflituosa e indeterminada, quiçá sem uma solução, em razão de diferentes pontos de vista, por vezes contraditórios entre si. Desta forma, entender o direito e a cidade, compreender o direito à água e os diferentes territórios de aplicação ou não deste direito na prática, passa pelo resgate de como a cidade do Rio de Janeiro foi desenvolvida em sua história.

A história da água e sua relação com a fundação da cidade do Rio de Janeiro se inicia com a perfuração de um poço entre o Morro Cara de Cão e o morro do Pão de Açúcar em

1565. Com o passar dos tempos, com o crescimento da cidade, a água do rio Carioca passou a ser utilizada por meio de venda por escravos e indígenas da mesma em potes de cerâmica para a população (1567) e, após muitos anos, em 1723, concluídas as obras necessárias, inclusive o aqueduto do Carioca ("Arcos da Lapa"), evoluiu-se para o abastecimento através de chafarizes no largo da Carioca e na Praça XV (CEDAG, 1970).

O registro nos documentos históricos de escravos e indígenas trabalhando para vender a água, sem nenhuma referência de que os mesmos eram ou poderiam ser também os destinatários finais dessa relação jurídica, desde séculos atrás revela a invisibilidade de determinadas pessoas para a sociedade. No caso, a omissão de se incluir os escravos e os indígenas no conceito de população considerada relevante para fins políticos-jurídicos-econômicos é algo que revela, conforme se verificará ao longo do estudo, possivelmente como um dos motivos de se manter esta situação ilegítima até os dias atuais em guetos e favelas.

Suyá Quintslr nos lembra que vários chafarizes e bicas públicas foram construídos ao longo do século XIX para o abastecimento de água aos cariocas; sendo paulatinamente, de forma bastante desigual, sendo substituídas pelo modelo de distribuição residencial de água ("penas d'água"), a partir do início da segunda metade do séc. XIX, coincidindo com o fim do tráfico de escravos em 1850 (p. 103).

O discurso da falta de água realizado por meio de um discurso de sua escassez natural e do exclusivo interesse voltado para o abastecimento das áreas nobres da cidade e para o comércio desenvolvimentista é a linguagem predominante na abordagem desta questão ao longo da história brasileira.

Tendo em vista que a cidade enfrentava uma escassez crônica de água, agravada pelo desmatamento das áreas de mananciais, em especial, para o plantio de café, e que o rio Carioca era, até o final do século XIX, a principal fonte de abastecimento, o Governo Imperial ordenou o reflorestamento do que é hoje conhecido como a Floresta da Tijuca. (QUINTSLR, p. 104).

Desta forma, soluções para o problema de falta de água são revelados ante a necessidade econômica ou da classe hegemônica da cidade. Como se verifica da história, ante a situação de precariedade de abastecimento de água no fim do século XIX no Rio de Janeiro, a solução desenhada por Antonio Rebouças foi a "busca de mananciais no entorno do Rio de Janeiro para atender às exigências atuais e do futuro" (REBOUÇAS, 1880, p. 71).

A preocupação com o acesso à água para os menos favorecidos não é a premissa para o desenvolvimento social da cidade. A máxima observada é somente o fim de desenvolvimento econômico e de preservação ambiental.

A cidade e o direito de acesso à água, na prática, desenvolve-se e cresce a partir de premissas socialmente dominantes, sem o olhar para os excluídos e menos favorecidos. Esta realidade passada, como se verificará, mantém-se até os dias atuais. Seja no crescimento espacial e de serviços públicos da cidade, seja na conceituação e disciplina jurídica do direito de acesso à água.

A segregação socioespacial no Rio de Janeiro entre ricos e pobres data do fim do séc. XIX, com a criação de bairros na Zona Sul e Norte para famílias com maiores

rendimentos (investimento público e privado em serviços públicos, como a abertura do Tunel Velho entre Botafogo e Copacabana), já “as pessoas pobres eram relegadas a habitações coletivas (como os cortiços) na área central da cidade ou freguesias suburbanas, como o Engenho Velho, São Cristóvão, Inhaúma e Irajá, relatada por Lago (2015, p. 40).

Santos revela que nesta época houve a “descoberta” dos pobres e dos espaços que ocupam é uma das peculiaridades da época. Ficando inúteis os porões e os sótãos para “guardar a escravaria”. Destacando que, em um lugar onde existe equipamento perfeitamente adaptável, começam a proliferar pensões miseráveis, alcouces, cabeças-de-porco. Foi este o tratamento e o serviço público planejado para os mais carentes. Nenhum olhar para estas pessoas não merecedoras, apenas um tratamento instrumental para a classe hegemônica (1984).

No início do séc. XX, com a reforma urbana promovida pelo então prefeito Pereira Passos, houve “um resultado de se acelerar a segregação urbana, influenciando nas tendências de urbanização da cidade. Entrevi no Rio de Janeiro, alterando profundamente sua fisionomia e estrutura” (BENCHIMOL, 2003, p. 234) que resultou, segundo Quintslr,

na demolição de grande parte das habitações coletivas da área central da cidade, o famoso “bota-abaixo”, para fins de se valorizar o solo urbano e impedir a permanência de pessoas pobres na localidade, os quais foram compelidos a procurar moradia nos morros (início das favelas) ou em bairros adjacentes ao Centro e, após,

na Baixada Fluminense, sem grande fiscalização do poder público (2018, p. 89-91).

No Rio de Janeiro, no fim do século XIX até o início do século XX, o cortiço era o locus da pobreza, da "classe perigosa", um antro da vagabundagem, da doença e do crime; e, estudos sobre os cortiços do Rio de Janeiro demonstram que estes seriam o "germe" da favela (BENCHIMOL, 1990; DO PRADO VALLADARES, 2005; VAZ, 1994).

Nesta época, no Rio de Janeiro, com um grande fluxo de migrantes em sua maioria provenientes de áreas rurais, em busca de emprego, houve um grande crescimento da população do Rio de Janeiro, com um impacto significativo no processo de favelização da cidade. Uma classe social carente indo viver em morros e áreas mais afastadas das zonas rurais, sem nenhum tipo de controle ou serviço público. Situação inadequada de abandono social que persiste há décadas em nossa cidade, sendo um reflexo de um crescimento demográfico em áreas periféricas da cidade sem nenhum ou quase nenhum investimento em infra-estrutura urbananística. O resultado deste abandono social, com fronteiras sendo levantadas entre o asfalto e o morro, serão devidamente explorados no decorrer desta pesquisa.

É importante notar que as favelas proliferaram na cidade numa época em que os controles urbanísticos formais cada vez mais se acentuavam, sendo entretanto pouco afetadas por eles. Isto se explica, de um lado, pelo forte fluxo migratório que então se verificava, o que em si já comprometia a

concretização de qualquer ação coercitiva por parte do poder público. Por outro lado, essa mão-de-obra barata era necessária para que a indústria, o comércio e a burguesia em geral acumulassem capital (ABREU, 1987, p. 134).

Segundo Mello e Novais, durante os anos 50, houve a migração de cerca de 8 (oito) milhões de pessoas de áreas rurais para as áreas urbanas; já nos anos 60, o número quase dobrou para 14 (catorze) milhões; e, nos anos 70, chegou ao patamar migratório de 17 (dezessete) milhões de pessoas (2009, p. 581).

A expansão dos serviços de abastecimento de água da cidade se observou em duas vertentes. De um lado foi ampliada a rede de abastecimento para atender às áreas nobres (QUINTSLR, p. 117–118), de outro lado, na ETA Guandu, houve mais obras de ampliação de abastecimento (2a fase do Guandu), buscando prever, segundo projeções, o abastecimento da cidade até o ano 2.000, com uma população de 7,5 milhões de pessoas (CEDAG, 1970). A ETA Guandu sofreu ampliações até 1993, chegando a sua capacidade atual de 43m<sup>3</sup>/s.E, em 1975 foi criada a CEDAE (fusão da CEDAG - Companhia Estadual de Águas da Guanabara, da ESAG - Empresa de Saneamento da Guanabara e da SANERJ - Companhia de Saneamento do Rio de Janeiro).<sup>47</sup>

O desenvolvimento da cidade, com obras e serviços públicos de transporte, saneamento básico e outros em

<sup>47</sup> Decreto autorizativo da incorporação disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/532ff819a4c39de50325681f0061559e/f2a735f6c4f6a8ea03256abc005f2524?OpenDocument>. Acesso em 30 mai 2022.

determinadas áreas da cidade resultou no deslocamento de famílias com melhores condições financeiras para estes bairros (custos mais elevados de moradia e de vida), e aos de menores rendimentos o deslocamento para os subúrbios servidos pelas estradas de ferro e para as favelas.

Compreender o contexto de desenvolvimento da cidade nos ajuda a refletir a necessidade de se repensar o fim de um ciclo de discriminação hidrossocial, excludente das populações marginalizadas das favelas, iniciando-se um novo ciclo de universalização do serviço de abastecimento de água em todas as áreas da cidade, incluindo-se as comunidades carentes, como se explorará a seguir.

## 2. A PRIVATIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO E AS FAVELAS DO RIO DE JANEIRO

O Sistema Guandu é atualmente operado pela Companhia Estadual de Águas e Esgoto - CEDAE, que capta água bruta na divisa entre Seropédica e Nova Iguaçu, dos rios Paraíba do Sul e Guandu sendo levada para a Estação de Tratamento de Água do Guandu (ETA Guandu).<sup>48</sup>

O “negócio das águas”<sup>49</sup> é um mercado bilionário. A CEDAE apresentou uma Receita operacional líquida em 2020

<sup>48</sup> A ETA Guandu é a maior estação do mundo, segundo o "Guinness World Records". Informação disponível nos documentos oficiais da CEDAE em [https://www.cedae.com.br/estacoes\\_tratamento](https://www.cedae.com.br/estacoes_tratamento). Acesso em 26 mai 2022.

<sup>49</sup> Este tema será abordado nos itens 2.4 e 3.2 da pesquisa.

de R\$ 5.919.057.000,00 (quase seis bilhões de reais), com uma receita de serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto no valor de R\$ 6.149.392.000,00 (mais de seis bilhões de reais); em 2019, uma Receita operacional líquida de R\$ 6.123.007.000,00 (mais de seis bilhões de reais), e uma receita de serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto no valor de R\$ 6.361.777.000,00 (mais de seis bilhões de reais).<sup>50</sup>

### Balanco CEDAE

COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE			GOVERNO DO ESTADO RIO DE JANEIRO		
Inscrição Estadual: 84.780.707			CNPJ/MF nº 33.352.364/0001-04		
Companhia Aberta			NIRE nº 33.3.009.3797-4		
www.cedae.com.br					
<b>DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO</b>			<b>DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ADICIONADO</b>		
Exercícios findos em 31 de dezembro de 2020 e 2019			Exercícios findos em 31 de dezembro de 2020 e 2019		
Em milhares de reais, exceto quando indicado de outra forma			Em milhares de reais, exceto quando indicado de outra forma		
	2020	2019		2020	2019
Receita operacional líquida (Nota 22)	5.919.057	6.123.007	Recargas	6.149.392	6.361.777
Custo dos serviços prestados (Nota 23.a)	(2.581.932)	(2.267.309)	Serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto	31.991	62.317
Lucro bruto	3.337.125	3.855.701	Outras recargas	(1.897.491)	(1.476.305)
Recargas (despesas) operacionais	(2.081.781)	(1.606.326)	Provisão para créditos de liquidação duvidosa	4.283.892	4.947.789
Despesas comerciais (Nota 23.b)	(488.211)	(472.281)	Insuamos adquiridos de terceiros		
Despesas gerais e administrativas (Nota 23.c)	(971.348)	(726.522)	Material aplicado	(147.288)	(106.344)
Outras despesas operacionais, líquidas (Nota 25)			Materiais, força e luz, serviços de terceiros e outros	(1.496.612)	(1.303.783)
Lucro operacional antes do resultado financeiro	(204.213)	1.050.592	Perda e recuperação de valores ativos	(2.566.164)	(1.897.984)
Recargas financeiras (Nota 24.b)	142.213	204.359	Valor adicionado bruto	1.717.728	3.049.805
Despesas financeiras (Nota 24.a)	(197.396)	(127.956)	Depreciações e amortizações	(279.109)	(278.589)
Lucro antes da contribuição social	(259.396)	1.128.994	Depreciações e amortizações		
Contribuição social (Nota 17.a)	12.249	(104.993)	Valor adicionado líquido produzido	1.438.619	2.771.216
Lucro líquido do exercício	(247.150)	1.022.934	Valor adicionado recebido em transferência		
Quantidade de lotes de mil ações preferenciais e ordinárias no fim do exercício	629.071.668	629.071.608	Recargas financeiras	142.213	204.359
Lucro líquido básico e diluído por ação (em reais) (Nota 21.b)	(0,39)	1,63	Valor adicionado total a distribuir	1.586.832	2.975.574
			Personal e encargos	1.109.307	1.187.897
<b>DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO ABRANGENTE</b>			<b>DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO ABRANGENTE</b>		
Exercícios findos em 31 de dezembro de 2020 e 2019			Exercícios findos em 31 de dezembro de 2020 e 2019		
Em milhares de reais, exceto quando indicado de outra forma			Em milhares de reais, exceto quando indicado de outra forma		
	2020	2019		2020	2019
Lucro líquido do exercício	(247.150)	1.022.934	Remuneração direta	905.631	1.060.589
Outros resultados abrangentes			Benefícios	141.460	73.231
Ajuste de ganhos e perdas atuariais - PREC (Nota 19)	32.529	(102.678)	FCTs	62.216	54.077
Ajuste de ganhos e perdas atuariais - Cestas Saúde (Nota 19)	102.275	(1.303.290)	Impostos, taxas e contribuições	455.435	553.860
Prêmio de aptidão (Nota 19)	(19.213)	(3.380)	Federais	453.354	545.721
Contribuição social diferida (Nota 19)	(11.213)	131.071	Estaduais	648	1.139
			Municipais	833	7.000
Total de outros resultados abrangentes do exercício	(133.772)	(302.348)	Remuneração de capitais de terceiros	263.240	210.694
			Juros e variações cambiais	200.016	155.663
			Aluguéis	63.224	55.221
			Remuneração de capitais próprios	54.624	242.947
			Dividendos	-	35.532
			Juros sobre capital próprio	54.624	207.615
			Lucros retidos	(301.774)	779.986
			Distribuição do valor adicionado	1.586.832	2.975.574

Fonte: CEDAE

<sup>50</sup> Dados oficiais disponíveis em <https://storage.googleapis.com/site-cedae/balancos/Balanco-financeiro2020.pdf>. Acesso em 02 mai 2022.

A partir da privatização do serviço de distribuição de água pelo Estado do Rio de Janeiro nos anos de 2020/2021, o Consórcio Aegea arrematou os blocos 1 e 4, enquanto a Iguá Projetos ficou com o bloco 2, e são quem passarão a explorar este mercado altamente lucrativo, através do pagamento do valor de R\$ 22,689 bilhões (um valor aproximado da receita de quatro anos da CEDAE) pela concessão do saneamento dos blocos 1, 2 e 4 do Estado do Rio de Janeiro pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos.<sup>51</sup>

A presente pesquisa avança a partir da compreensão de que todas as pessoas deveriam ter acesso à água, seja em locais urbanizados da cidade, seja nas comunidades carentes, de forma a se enxergar este direito como universal.

(...) o acesso à água potável deve ser universal, ou seja, assegurada a todos

<sup>51</sup> Bloco 1 - Zona Sul do Rio de Janeiro + São Gonçalo, Aperibé, Miracema, Cambuci, Cachoeiras de Macacu, Cantagalo, Casimiro de Abreu, Cordeiro, Duas Barras, Magé, Maricá, Itaocara, Itaboraí, Rio Bonito, São Sebastião do Alto, Saquarema, São Francisco de Itabapoana e Tanguá (Consórcio Aegea).

Bloco 2 - Rio de Janeiro (Barra e Jacarepaguá), Miguel Pereira e Paty do Alferes (Iguá Projetos).

Bloco 4 - Rio de Janeiro (Centro e Zona Norte), Belford Roxo, Duque de Caxias, Japeri, Mesquita, Nilópolis, Nova Iguaçu, Queimados e São João de Meriti (Consórcio Aegea).

Não houve propostas para o bloco 3, que será objeto de nova licitação.

Dados da página oficial do Estado do Rio de Janeiro, disponível em [http://www.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.aspx?id\\_noticia=13715](http://www.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.aspx?id_noticia=13715). Acesso em 02 mai 2022.

os membros da sociedade a quantidade água potável suficiente para suas atividades cotidianas básicas, necessárias para uma qualidade de vida, pelo menos decente. Para tanto, as políticas de privatização não deveriam, via de regra, ser utilizadas, uma vez que, ao reduzir o cidadão a simples consumidor, não reconhecem a água potável como um bem primário, diferente dos demais bens de consumo, isto é, não substituível por outro bem e, portanto, de acesso obrigatório, garantido pelo Estado. (PONTES, 2003, p. 91).

Grande parte da população vive em áreas não urbanizadas, em locais classificados como informais, irregulares ou subnormais<sup>52</sup>. São, pois, as fronteiras (TELLES, 2010, p. 35) de legalidade e ilegalidade, de acesso aos direitos assegurados em nossa carta fundamental estão muito bem delineadas no recorte político-jurídico-social brasileiro.

O último Censo realizado em 2010, revela que o país possui 3.224.529 domicílios ocupados por aproximadamente 11 milhões de pessoas em uma situação de favelização. Desses, 77% estão em Regiões Metropolitanas, que abrigam 73,1% da

<sup>52</sup> Nomenclaturas utilizadas em diferentes bases de dados e estudos oficiais, adiante demonstradas.

população das áreas informais identificadas. Os locais mais procurados para o estabelecimento dos aglomerados subnormais são as margens de córregos, rios ou lagos/lagoas, sendo 12% dos domicílios do País. Sendo que, considerando-se apenas a população da cidade do Rio de Janeiro, cerca de 22,2% dos cariocas, ou praticamente um em cada cinco, eram moradores de favelas.<sup>53</sup>

Buscar uma legitimidade deste processo de ampliação do abastecimento de água é almejar uma nova concepção do direito à água em territórios de pessoas vulnerabilizadas ao longo da história de nossa sociedade, sem se desprezar e excluir do debate estes concernidos.

A estruturação dos sistemas de abastecimento sempre foi voltada para as classes mais abastadas da cidade (critério sociotécnico discriminatório). Da mesma maneira, a compreensão do direito de acesso à água, umbilicalmente ligado ao desenvolvimento econômico e atrelado à localidades mais abastadas da cidade, foi uma premissa genealógicamente desenvolvida neste conceito.

A escolha política-técnica de acesso à água no Brasil, e, em especial, pela CEDAE, que abastecia até o fim do ano de 2021 a maioria da população do Estado do Rio de Janeiro, é baseada no pagamento pelos usuários em função do volume consumido. São, portanto, formas de acesso e de exclusão à água como um processo social historicamente construído para

<sup>53</sup> Dados resumidos em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>. Acesso em 29 mai 2022.

gerar esta exclusão hidrossocial. Sendo os moradores pobres de periferias, sem poder político-social, os mais afetados por esta escassez (BRITTO et al., 2016).

Cerca de 17% da população brasileira ainda não possui acesso a água tratada através de rede e metade não coleta adequadamente seus esgotos. (...) Somadas essas condições aos lixões e às enchentes, produz-se a tragédia sanitária que leva à proliferação de doenças e epidemias como as que vivemos hoje. Apesar disso, o saneamento segue como quase invisível na agenda recente da saúde pública do Brasil. Entretanto, essa relação já foi diferente no passado, quando médicos sanitaristas e engenheiros trabalharam em cooperação estreita para melhorar as condições sanitárias brasileiras. (BARROCAS, et al, 2019, p. 34).

Uma exata concepção do Direito, nas lições de Roberto Lyra Filho, não poderá desprezar todos esses aspectos do processo histórico, em que o círculo da legalidade não coincide, sem mais, com o da legitimidade, pois ele surge, na dialética social e no processo histórico; desta foram, o Direito não “é”; ele “vem a ser” (1982).

Observar, dialogar e enxergar as perspectivas invisibilizadas da cidade, daqueles que não participam do jogo político e das decisões jurídico-políticas do Estado, revelam

vicissitudes, desestabilizam conceitos, e apontam caminhos possíveis de transformação da realidade social.

O pensamento explorado nesta pesquisa parte de funções epistêmicas e jurídico-políticas com o fim de revelar teorias que mantêm uma situação de exploração e submissão social permanente ao longo da história e das divisões territoriais a partir de sua classe social e raça.

Revelar quem está do outro lado da fronteira da cidade, onde estão as vítimas de violações do conceito do direito à água estabelecido, descortinar a assimetria dos poderes, a relação entre as classes que atravessam a genealogia da sociedade moderna, os mecanismos de desequilíbrio que fundamentam a sociedade, revelam o problema da teoria tradicional a partir do que não é dito ou revelado, desestabilizar a hipótese de um direito sem aplicação, uma evidência empírica de ausência total de aplicação do direito oficial em territórios invisibilizados do outro lado da fronteira da cidade é o intuito de desenvolvimento desta parte do estudo.

As disciplinas ínfimas, os panoptismos de todos os dias podem muito bem estar abaixo do nível de emergência dos grandes aparelhos e das grandes lutas políticas. Elas foram, na genealogia da sociedade moderna, com a dominação de classe que a atravessa, a contrapartida política das normas jurídicas segundo as quais era redistribuído o poder. Daí sem dúvida a importância que se dá há tanto tempo aos pequenos processos da disciplina, a essas espertezas à-toa que ela inventou, ou ainda aos saberes que lhe emprestam uma face confessável; daí o receio de se desfazer delas se não lhes encontramos substituto; daí a afirmação de que estão no próprio fundamento da sociedade, e de seu equilíbrio, enquanto são uma série de

mecanismos para desequilibrar definitivamente e em toda parte as relações de poder; daí o fato de nos obstinarmos a fazê-las passar pela forma humilde mas concreta de qualquer moral, enquanto elas são um feixe de técnicas físico-políticas (FOUCAULT, 1987, p. 246).

Ressalta-se que o olhar reflexivo a partir da pesquisa empírica, com um trabalho de campo revelando todas estas evidências do não direito à água, através de um diálogo realizado com movimentos sociais e diretamente com os moradores destas localidades do “não-direito”, realizado em uma favela do Rio de Janeiro, será devidamente abordado no capítulo final desta pesquisa, como forma de se possibilitar desenvolver um raciocínio concatenado a partir das marcações teóricas exploradas da dinâmica social, cultural, política e jurídica deste trabalho.

A revelação de que poucos, a elite hegemônica somente, foram contemplados com o desenvolvimento da cidade, beneficiados com o acesso à água, já foi revelado no decorrer do item anterior deste capítulo, de forma a se enxergar este direito como não universal.<sup>54</sup>

A partir da premissa de que “a água é um bem primário, portanto, insubstituível por outro bem demonstra que, para fins de possibilidade de vida das pessoa, deve ser garantido a todos pelo Estado” (PONTES, 2003, p. 91),

<sup>54</sup> Os conceitos de direitos humanos que circulam não desafiam fundamentalmente as lógicas de mercado hegemônicas liberais e neoliberais, ou os modos dominantes de legalidade e ação do Estado. Afinal, vivemos em um mundo em que os direitos da propriedade privada e a taxa de lucro superam todas as outras noções de direitos (HARVEY, 2008, p. 23).

buscar-se-á revelar neste estudo que a vida somente é garantida a poucos, não a todos.

A evocação da origem da favela a partir dos quilombos periurbanos revela, genealogicamente, sentidos e motivos da reificação de pessoas não compreendidas como seres humanos, aptos a terem em seus territórios dominados um agir do Estado de forma pertencente à cidade, com todos os seus direitos reconhecidos neste mapa de “não-direitos”, como Adrelineo desenvolveu em sua obra (2004), ou mesmo antes, em 1958, a partir de referências como de Gustavo Barroso, em artigo na revista “O Cruzeiro”, ao ressaltar o problema da “praga” das favelas, advindo dos quilombos, que se multiplicavam nas fraldas da Tijuca e se constituíam não somente de “escravos fugidos aos seus senhores urbanos e rurais, mas de todos os marginais da sociedade que com eles faziam causa comum: vagabundos, facínoras, ladrões, sobretudo desertores do serviço militar.”

A relação entre a classe e a raça, como forma de chave de leitura apta a fornecer uma lente reveladora de uma técnica de construção do conhecimento que importou e importa em uma exclusão de determinadas pessoas do debate e da finalidade da Lei e da Política Pública de serviços públicos como o de abastecimento de água potável na cidade, é um instrumental epistemológico relevante para este estudo.

De acordo com Brah (2006, p. 334), classe foi um importante elemento constitutivo no surgimento do conceito de “negro” como cor política, e o novo sujeito produzido pela política do “negro” transformou a política de classe ao interrogar discursos políticos que afirmavam a primazia da classe. A abordagem racial e de classe aqui utilizada a partir dos

estudos acerca da interseccionalidade atende a uma variedade de investigações específicas do contexto, relativos a movimentos antirracistas e de reivindicações sociais, com um papel importante para facilitar a consideração de raça, classe e também outros eixos (como gênero e sexualidade), em uma ampla gama de discussões políticas, considerando uma abordagem epistemológica diferenciada (CHO; CRENSHAW; MCCALL, 2013, p. 787).

A construção histórica, uma suposta “verdade” de que o direito de se obter o acesso à água somente é aceito ao cidadão-consumidor que se encontra em uma localidade abrangida pela rede oficial de abastecimento de água, o discurso da “escassez” urbana de água que ocorre, não em função de sua disponibilidade limitada na natureza, mas, sim como uma decisão socioeconômica e politicamente construída<sup>55</sup> (SWYNGEDOUW, 2004, p. 176); revela distorções e diferenciações de tratamento das pessoas dentro do território do Estado e, mesmo dentre a categoria de cidadãos-consumidores, há aqueles com o direito reconhecido de forma mais absoluta do que outros, como será analisado nos capítulos seguintes, o que revela uma consideração superior de direito de propriedade à luz de uma diferenciação ilógica em detrimento ao direito fundamental de acesso a serviços públicos (Guimarães, 2014, p. 56).

<sup>55</sup> "the technocratic discourse and argumentation help to obfuscate the issues of power and control and to formulate the water problem as one that is determined by the power over nature rather than by the power of one social group over another".

Sobre o assunto, o professor italiano Emilio Santoro coloca luz naqueles indivíduos abandonados pelo Estado:

Cada vez é menor a construção da “nação”, com indivíduos abandonados, não importantes para o Estado. Avançamos em uma forma de ver os excluídos mais como uma ameaça do que como uma fonte para o fortalecimento do Estado, da integração, do pertencimento, do sentimento de nação a todos aqueles que aqui vivem. (...) Interessa mais impedir o acesso indiscriminado dos imigrantes e dos cidadãos não merecedores aos direitos de cidadania, reduzindo as garantias sociais que tradicionalmente gozam, com o fim de não diminuir os benefícios que os cidadãos merecedores usufruem atualmente. (2011, p. 82).

Conforme ensina Britto, as formas de acesso e de exclusão à água potável é um processo social historicamente construído para gerar esta exclusão hidrossocial. Sendo os moradores pobres de periferias, sem poder político-social, os mais afetados por esta escassez (2016, p. 188).

A resistência contra o modelo estabelecido de desenvolvimento hídrico se baseia na busca de justiça ambiental ao defender que a interação entre natureza e sociedade deve produzir oportunidades iguais de acesso à água para todos os grupos sociais, bem como garantir a conservação do equilíbrio sócio-ambiental.

Se não se concretizou a visão de Harvey de que no ano de 2023, se as tendências atuais do mundo continuassem, todas as encostas do Rio ocupadas por favelas seriam cobertas por edifícios altos com vistas fabulosas sobre a idílica baía, enquanto os antigos moradores de favelas teriam sido filtrados para algum lugar remoto periferia. A opção por um outro modelo de construção da cidade, sem as fronteiras delimitadas no que diz respeito aos direitos fundamentais para a vida dos mais pobres, pode ser uma solução mais adequada do que as tomadas no passado em Paris, EUA ou mesmo na Índia (2008, p. 36–37).<sup>56</sup>

A Lei Federal n. 11.445 de 2007 prevê em seu art. 11, IV que são condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico as condições de sustentabilidade e equilíbrio

<sup>56</sup> A urbanização gera um impacto significativo na vida das pessoas pobres. Há o uso de violência estatal para a construção de um novo mundo urbanizado, com expropriações e remoções de favelas e pessoas de locais habitados há muitos anos em nome do progresso e renovação, como ocorreu em Paris. Eugène Haussmann em 1853, com o fim de resolver a crise de desemprego por meio da urbanização. Reconstruir a cidade de Paris significa uma grande quantidade de emprego e de capital neste movimento; a questão da moradia dos trabalhadores seria resolvida pela instituição de programas de financiamento habitacional, com crédito destinado a estes trabalhadores que estavam empregados para a reconstrução/reurbanização da cidade (HARVEY, 2008, p. 26–33).

econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas; a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; e a política de subsídios.

A Lei assegura que uma diretriz do sistema tarifário é a ampliação do acesso, dos cidadãos e localidades de baixa renda, aos serviços, mas não é incisiva sobre como garantir a promoção dessa diretriz. Segundo a Lei “Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários que não tenham capacidade de pagamento suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.” (art. 29, parágrafo 2º). Ou seja, a lei, ao ser incisiva quanto à sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, admite que nem sempre será alcançada mediante cobrança dos serviços, o que não significa que os serviços não possam ser remunerados, por exemplo, por meio da estrutura de subsídios definida na própria lei (BRITTO, 2020, p. 20).

Nas lições da doutrina especializada, há muitas incertezas em relação ao novo marco legal do saneamento, o qual, sob o argumento de “modernização” do setor, acaba por privilegiar e enriquecer determinados grupos financeiros (nos moldes do setor bancário), sem se perceber o saneamento como um direito humano, não se prevendo expressamente uma forma de se garantir o acesso à água às pessoas em situação de vulnerabilidade, mas somente como forma de se obter lucros privados, tarifas pela distribuição da água, à luz dos estímulos e incentivos legais à privatização do setor, em descompasso com o movimento de publicização que ocorre em 90% (noventa por cento) do mundo inteiro (FERREIRA; GOMES; DANTAS, 2021; GADELHA et al., 2021; SOUSA, 2020).

De acordo com Ana Lucia Britto, a forma mais frequentemente adotada no Brasil para incorporar esses usuários aos sistemas ainda é o estabelecimento de tarifas sociais. Parte-se do princípio de que, se bem equacionadas, as tarifas sociais podem viabilizar o acesso aos serviços dos usuários mais pobres, sem, com isso, afetar o equilíbrio financeiro do prestador de serviços (BRITTO, 2020). Ressaltando a utilidade de imediata implementação da teoria do mínimo vital de água, com o acesso à água garantido sem a cobrança de tarifa àqueles mais vulneráveis de nossa sociedade, com referenciais já utilizados em países como Colômbia, Bolívia e África do Sul, conforme se demonstrou na tese de Eduardo Tostes (2022).

Empresários defendem que todos devam pagar pelo serviço de abastecimento de água, independentemente de suas condições financeiras (idem, p. 34). Quem não pode pagar deve ser auxiliado pelo poder público (BRITTO, 2018).

A grande maioria dos Estados e Municípios<sup>57</sup> que regulamentaram a tarifa social de água, utilizaram-se de

<sup>57</sup> Considera-se, para este fim, a competência comum da União em relação às normas gerais de saneamento básico, nos termos do art. 21, XX da Constituição Federal, e a competência suplementar dos municípios ou dos Estados, em se tratando de região metropolitana, microrregião e aglomeração urbana. A competência municipal para legislar sobre saneamento básico (art. 30, V da Constituição Federal) estabelecido pela Corte Constitucional, conforme se verifica da ADI 4454, julgado em 05/08/2020 pelo STF; bem como a competência estadual para legislar sobre saneamento básico na região metropolitana em se tratando de interesse comum ao Estado e municípios do agrupamento urbano, com a necessária participação decisória dos municípios pertinentes e do próprio Estado, ao analisar a situação específica do Estado do Rio de Janeiro, em especial, sobre a questão do modelo de prestação de saneamento básico nas

critérios aproximados para este fim (BRITTO, 2020). Para tanto, partiram da premissa inafastável de a pessoa residir em área abastecida por rede oficial, havendo requisitos que variam em relação a situação de pobreza, como a renda mínima ou inscrição no Cadastro Único do Governo Federal (Cad. Único),<sup>58</sup> adimplência, tamanho do imóvel e limite de disponibilidade de água para cobrança diferenciada pela tarifa social.

No Rio de Janeiro, os beneficiários da tarifa social de água da CEDAE eram aqueles que residiam em áreas de especial interesse e conjuntos habitacionais (Decretos 7296 e 7297, de 1984, e 25.438/99) e que tinham ligação na rede de abastecimento. De acordo com os dados do IBGE (2010), no Rio de Janeiro há 6.775.561 de habitantes.<sup>59</sup>

Em novembro de 2021 havia 637.669 famílias inscritas no Cad. Único na cidade do Rio de Janeiro (53% em extrema pobreza - com renda mensal de até R\$ 100,00 por pessoa; 10% em situação de pobreza - renda per capita até R\$ 200,00; 21% de famílias acima de meio salário mínimo 16% de baixa renda - ganham até meio salário mínimo por pessoa ou que ganham até 3 salários mínimos de renda mensal total).

Em 2010 havia 1.443.773 pessoas morando em favelas no Rio de Janeiro (XIMENES; JAENISCH, 2019)<sup>60</sup>.

áreas de integração metropolitana (art. 25, §3º da Constituição Federal), conforme se verifica da ADI 1842, julgado em 06/03/2013.

<sup>58</sup> Decreto Federal nº 6.135, de 26 de junho de 2007.

<sup>59</sup> Disponível em <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rj/rio-de-janeiro.html>. Acesso em 08 jan 2022.

<sup>60</sup> Dados obtidos através do estudo do Instituto Pereira Passos (2012).

Ressaltando que, de acordo com Britto, ainda “não existe um levantamento preciso do acesso ao abastecimento de água e esgotamento sanitário nas favelas do Rio de Janeiro”, mas se observa em diferentes estudos que muitas favelas do município do Rio de Janeiro sofrem com irregularidade no abastecimento (2020, p. 10).

Dados sobre domicílios em favelas (aglomerados subnormais) do IBGE do Censo de 2010 indicam que existiam 426.479 domicílios em aglomerados subnormais, com um número aproximado de pessoas de 1.390.321 nestas localidades.

De acordo com dados da CEDAE, em abril de 2020 havia 200.250 (sendo 40.521 de baixa renda e 159.729 de conjuntos habitacionais) economias ativas com tarifa social, de um total de 2.350.297. Há, portanto, cadastradas aproximadamente 40.000 economias em favelas, o que representa menos de 10% do total de domicílios situados em favelas (BRITTO; ARAÚJO, 2020).

Observa-se, desta forma, que o instrumento da tarifa social não abarca adequadamente os quase 90% dos moradores carentes de favelas. As razões podem se dar questões relativas a ineficiência administrativa em se cadastrar e implementar a tarifa social<sup>61</sup>, por ausência de rede oficial na área favelizada,

---

<sup>61</sup> Destaca-se o não cumprimento da decisão transitada em julgado em ação civil pública de iniciativa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em que a CEDAE foi obrigada a conceder o benefício da tarifa social ao consumidor requerente que comprovar atendimento dos requisitos estabelecidos no Decreto n. 25.438/99, no prazo de até 90 (noventa) dias do seu requerimento (proc. n. 0116472-67.2009.8.19.0001).

ou mesmo por razões financeiras de incapacidade de adimplemento das contas de água pela miserabilidade pessoal.

Por fim, importa registrar que, com a concessão do saneamento realizada pelo Estado do Rio de Janeiro no ano de 2020 e 2021, através de quatro contratos de concessão<sup>62</sup>, das áreas de atuação da CEDAE no Estado do Rio de Janeiro (incluída a capital), foi almejada a ampliação do número de beneficiários da tarifa social, com o fim de se atingir algumas milhares de pessoas (pouco mais de cem mil pessoas) 5% da base de clientes<sup>63</sup>, mas foi prevista na cláusula n. 33.4.10 que a meta de ampliação dos beneficiários da tarifa social deve respeitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, desta forma, se a proporção de economias sujeitas ao pagamento de tarifa social ultrapassar 5% (cinco por cento) da totalidade de economias ativas constantes do cadastro da concessionária ensejarão a sua revisão.

A meta de expansão da rede de abastecimento de água para as favelas (localidades informais), caminhará necessariamente junto com a expansão do número de beneficiários de tarifa social. Todavia, a previsão de atendimento das metas de investimento (item 33.9.4 do contrato de concessão) possuem disciplina diferenciadas em se tratando de área urbanizada e área favelizada. Enquadram-se como áreas irregulares no município do Rio de Janeiro aquelas identificadas pelo Instituto de Urbanismo Pereira Passos, por

---

<sup>62</sup> Documentos públicos analisados para este estudo.

<sup>63</sup> Disponível em <https://cedae.com.br/Noticias/detalhe/governo-do-estado-lanca-edital-da-fase-2-da-concessao-de-saneamento/id/1105>.

Acesso em 10 jan 2022.

meio do SABREN – Sistema de Assentamentos de Baixa Renda, como áreas de favelas e aglomerados subnormais.

Ressalta-se que a inclusão de todas as favelas, localizadas na capital ou nas cidades do interior, de todo o Estado do Rio de Janeiro, incluídas no território abrangido pela concessão, somente foi possível após decisão de aceitação do, à época, Secretário de Desenvolvimento Econômico, dr. Marcelo Lopes, a partir da Recomendação expedida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, da lavra dos defensores públicos Eduardo Chow De Martino Tostes e Thiago Basílio, conforme se verifica dos documentos analisados ilustrados a seguir.

Recomendação Defensoria Pública

Oficiar à Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico e à Procuradoria Geral do Estado do RJ, com o fim de se:

1. RECOMENDAR a alteração da modelagem da licitação, com a devida previsão no Contrato e no Caderno de Encargos do Plano de Ação para a expansão do serviço de água e esgotamento sanitário para as áreas irregulares não urbanizadas dos demais municípios fora da capital do Estado (item 3.4 do Caderno de Encargos), na mesma forma de investimento e prazos previstos nos referidos dispositivos mencionados para a capital.

[https://sei.rj.def.br/sei/controlador.php?acao=documento\\_imprimir\\_web&acao\\_origem=arvore\\_visualizar&id\\_documento=671421&infra\\_sistema=...](https://sei.rj.def.br/sei/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=671421&infra_sistema=...) 2/3

28/10/2020

SEI/DPGERJ - 0469918 - Ofício

2. Em caso de não atendimento do item anterior, justificar a discriminação de tratamento das áreas irregulares da capital e fora da capital.

Solicita-se resposta no prazo de até 10 (dez) dias úteis, a contar do recebimento deste ofício.

Atenciosamente.

Eduardo Chow De Martino Tostes

**Defensor Público**

Coordenador do NUDECON

Mat. 969.598-2

Resposta à Recomendação do Secretário Marcelo  
Lopes

Conforme tratado na mencionada reunião virtual, para que não reste qualquer dúvida sobre este ponto, foi promovida a alteração do item 3 do Caderno de Encargos (Metas), que passa a contar com a seguinte redação em seu subitem 3.1 (Metas de Atendimento) (grifamos):

"As metas de atendimento estabelecidas no Projeto são de 99% para o sistema de abastecimento de água e de 90% para o sistema de esgotamento sanitário. **As metas foram definidas para as áreas urbanas dos municípios a serem atendidos, inclusive as áreas de favelas, aglomerados subnormais e áreas de especial interesse social**, somente estando excluídas das metas as áreas definidas pelo poder público como inelégíveis para investimento. Especificamente em relação às áreas irregulares não urbanizadas do município do Rio de Janeiro, deve ser observado o disposto no item 3.4.2 deste Caderno de Encargos. (...)"

Apresentados os necessários esclarecimentos, bem como o encaminhamento adotado para tratar a questão levantada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, permanecemos à disposição para prestar quaisquer informações adicionais que se mostrem necessárias.

[https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento\\_imprimir\\_web&acao\\_origem=arvore\\_visualizar&id\\_documento=11743819&infra\\_sis...](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=11743819&infra_sis...) 1/2

11/11/2020

SE/VERJ - 10220085 - Ofício - NA

Marcelo Lopes

Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações

Importante se observar que, mesmo dentro da área irregular, há a subdivisão em áreas elegíveis e áreas inelégíveis, sendo estas últimas aquelas em que, em função das condições específicas locais, não é técnica ou juridicamente possível a realização de obras de aperfeiçoamento do sistema (item 3.4.2 do Caderno de Encargos).

De acordo com o Caderno de Encargos, a população que vive nas áreas irregulares não urbanizadas, data base 2019, bem como aquelas que se encontram em áreas irregulares urbanizadas, representam um total de 1.519.088 pessoas.

Ressalta-se que, mesmo se reconhecendo o avanço no sentido de se prever o direito à expansão de rede de abastecimento de água potável em áreas de favela, ocorre que o instrumento contratual não prevê de uma forma exata a expansão da rede de abastecimento de água nas favelas, mas sim uma previsão de elaboração de futuro plano de ação, para

que a concessionária informe como pretende avançar com os investimentos nas regiões definidas em comum acordo, após aprovação pela agência reguladora.<sup>64</sup>

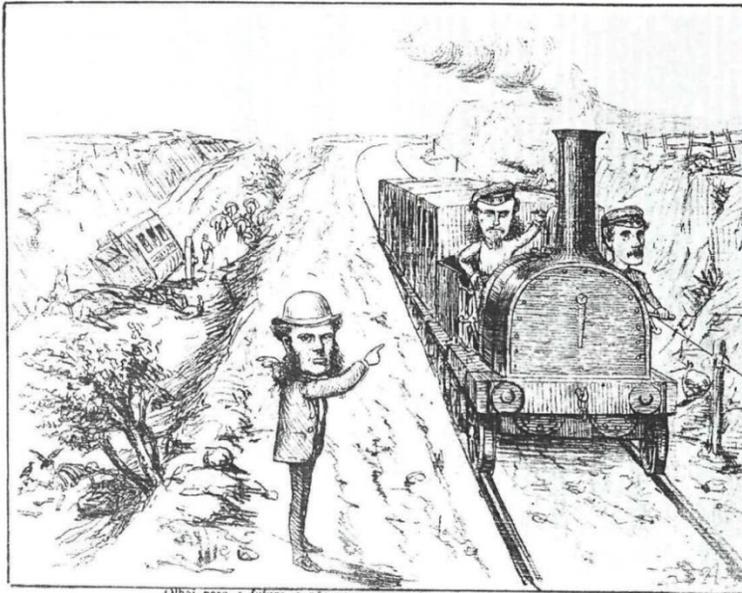
Por fim, há a previsão do prazo de 12 (doze) anos para a realização do referido investimento e expansão da água nas favelas, sendo previsto que, caso os investimentos realizados nos 12 (doze) anos sejam insuficientes para atender a todas as áreas irregulares não urbanizadas, o contrato deverá ser reequilibrado, para garantir esse atendimento até o ano de 2040.<sup>65</sup>

Finalizamos este item do estudo com a ilustração abaixo do ano de 1862, extraída do jornal satírico “O Diabo Coxo”, fundado por Luiz Gama e Ângelo Agostini, para fins de se visibilizar o problema urgente e imediato aqui pesquisado, que não deve ser relegado a um futuro incerto e perigoso.

<sup>64</sup> Os valores de investimento para a referida expansão do abastecimento de água nas favelas é de uma ordem inferior às áreas urbanizadas, conforme se verifica do caderno de encargos; sendo ainda prevista uma cláusula de escusa de cumprimento do investimento por fatos não imputáveis à concessionária.

<sup>65</sup> Foi prevista uma cláusula de responsabilidade social da concessionária (item 48.5 do contrato de concessão), obrigando-a a disponibilizar caminhão pipa para as áreas irregulares não urbanizadas onde houver necessidade, no limite de até R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por mês. Ressalta-se que o abastecimento por caminhão-pipa pressupõe uma casa que tenha um reservatório de água para possibilitar o seu fornecimento e armazenamento. E o valor de 300 mil reais por mês não se revela adequado frente a um quantitativo de 1.519.088 pessoas moradores de áreas faveladas “elegíveis” no município do Rio de Janeiro (R\$ 0,19 por pessoa não se compra nem um copo de água por mês).

Olhai para o futuro e não para o presente.



Olhai para o futuro e não para o presente.—(Carta dirigida aos habitantes de São Paulo.—Pag. 22.—1862)

(GAMA, LUIZ; AGOSTINI, ÂNGELO, 1862)

Concluimos pela relevância da previsão contratual na expansão de rede de abastecimento de água potável em áreas de favela, contudo, ressaltamos a necessidade de construção de um centro de decisão democrático, à luz do princípio da justiça, com a efetiva participação de professores de Universidades independentes e dos concernidos na estrutura destes centros de decisão sobre, no caso analisado, a qualidade, a forma de distribuição e o planejamento na expansão célere da rede nas

áreas carentes, na relação que deve ser estabelecida com o poder local e com a companhia de água (SWYNGEDOUW, 2004, p. 179).

## CONCLUSÃO

Compreender o que significa direito de acesso à água entendendo de onde parte essa fala, para quem é direcionado, os consumidores abrangidos pela atual política pública de distribuição de água restrita somente aos abastados de nossa sociedade, é algo revelador no sentido de se descortinar toda uma população carente e marginalizada excluída deste debate.

O estado de “exceção-regra”, sem direitos fundamentais aos consumidores que vivem em áreas carentes, nas lições de Bastos et al (2020, p. 115 e 126), negando-se sua própria humanidade, revela um olhar indiferente e muito criticado no olhar de todos que aceitam passivamente esta experiência cotidiana do sofrimento destas pessoas marginalizadas que moram em locais mais carentes.

O acesso à água é um serviço essencial e representa a garantia do direito à vida. Em termos de estudos de dignidade da pessoa humana, não se está nem a discutir se este direito deve abranger o gozo de um certo padrão mínimo de viver, em outras palavras, uma vida decente. Mas se busca questionar a necessidade do respeito à dignidade humana nesta questão importante quando se verifica a visão de aplicação do respeito a dignidade somente a alguns grupos (consumidores pagantes de bairros ricos) e sua negação a outros, em razão de seu modo

de vida, sua cultura, raça ou pobreza (MILLNS, 2004, p. 50 e 310).<sup>66</sup>

A articulação com a academia, com a sociedade civil e com os concernidos esquecidos ou excluídos deste debate ordinariamente, é fundamental em uma construção coletiva democrática dos caminhos de nossa sociedade na luta pela expansão da rede de abastecimento de água nas favelas em tempo adequado.

Confirma-se neste estudo a afirmação de que a expansão de rede para as comunidades carentes de todo o Estado fluminense se deu através de uma escolha política e jurídica tensionada pelos concernidos e pelos operadores do direito, sendo fruto de um histórico embate conceitual do direito humano à água, pautado em critérios relevantes de raça, classe social e território.

---

<sup>66</sup> Importante também a referência acerca da simbiose entre direito e poder com o racismo, nas lições de Silvio Almeida: A ascensão ao poder de grupos políticos racistas colocou o direito à serviço de projetos de discriminação sistemática, segregação racial e até de extermínio, como nos notórios exemplos dos regimes colonial, nazista e sul-africano. Contemporaneamente, a chegada ao poder de grupos de extrema-direita em alguns países da Europa e nos Estados Unidos tem demonstrado como a legalidade coloca-se como extensão do poder, inclusive do poder racista, na forma de leis anti-imigração<sup>154</sup> direcionadas a pessoas oriundas de países de maioria não branca, ou da imposição de severas restrições econômicas às minorias. A conclusão é que o racismo é uma relação estruturada pela legalidade (2019, p. 85).

## REFERÊNCIAS:

ABREU, M. Evolução urbana do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: IPLANRIO, 1987.

ALMEIDA, SILVIO. Racismo estrutural. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

BARROCAS, P. R. G.; MORAES, F. F. de M.; SOUSA, A. C. A. Saneamento é saúde? O saneamento no campo da saúde coletiva. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 26, n. 1, p. 33–51, 2019.

BENCHIMOL, J. Reforma Urbana e Revolta da Vacina na Cidade do Rio de Janeiro. In: FERREIRA, J.; DELGADO, L. D. A. N. (org.). Brasil Republicano. O Tempo do Liberalismo Excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 231–286.

BENCHIMOL, JAIME L. Pereira Passos. Um Haussmann tropical. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Turismo e Esportes, 1990.

BRAH, AVTAR. Diferença, diversidade, diferenciação. cadernos pagu, p. 329–376, 2006.

BRITTO, A. L. As tarifas sociais de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: seus impactos nas metas de universalização na garantia dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário. Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento–ONDAS. Disponível em

<https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas--sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-esgotamento--sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>, 2020.

BRITTO, A. L. Estudo Proposições para acelerar o avanço da política de saneamento no Brasil: Tendências atuais e visão dos agentes do setor. In: SANEAMENTO COMO POLÍTICA PÚBLICA: UM OLHAR A PARTIR DOS DESAFIOS DO SUS. 1. ed. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 2018. v. 1, p. 53–104.

BRITTO, ANA LUCIA; JOHNSON, ROSA MARIA FORMIGA. Abastecimento público e escassez hidrossocial na metrópole do Rio de Janeiro. *Ambiente & Sociedade*, v. 19, p. 183-206, 2016.

BRITTO, A. L.; ARAÚJO, P. F. A tarifa social nos serviços de água e esgotos no Rio de Janeiro. ONDAS, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/09/A-tarifa-social-nos-servi%C3%A7os-de-%C3%A1gua-e-esgotos-no-Rio-de-Janeiro.pdf>.

CAMPOS, ANDRELINO DE OLIVEIRA. Do Quilombo à Favela: a criação do “espaço criminalizado” no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

CAVALLIERI, FERNANDO; VIAL, ADRIANA. Favelas na cidade do Rio de Janeiro: o quadro populacional com base no Censo 2010. Rio de Janeiro: IPP – Instituto Pereira Passos, 2012.

CEDAG. Do Poço do “Cara de Cão” à Nova Adutora do Guandu. Rio de Janeiro: CEDAG, 1970.

CHO, SUMI; CRENSHAW, K. W.; MCCALL, L. Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, v. 38, n. 4, p. 785–810, 2013.

DO PRADO VALLADARES, LÍCIA. A invenção da favela: do mito de origem a favela. com. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

FERREIRA, J. G.; GOMES, M. F. B.; DANTAS, M. W. de A. Desafios e controvérsias do novo marco legal do saneamento básico no Brasil / Challenges and controversies of the new legal framework for basic sanitation in Brazil. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 7, p. 65449–65468, 2021.

FOUCAULT, MICHEL. Vigiar e Punir: da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. 26. ed. São Paulo: Graal, 2013.

GADELHA, H. S. et al. O novo marco regulatório do saneamento básico e o direito ao acesso à água. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 11, p. e569101118843–e569101118843, 2021.

GAMA, LUIZ; AGOSTINI, ÂNGELO. O Diabo Coxo. Olhai para o futuro e não para o presente, São Paulo, 1862. p. 22.

GUIMARÃES, E. F.; COUTINHO, S. M. V.; MALHEIROS, T. F. Os indicadores do saneamento medem a universalização em áreas de vulnerabilidade social?. Eng Sanit Ambient, v. 19, n. 1, p. 53–60, 2014.

HARVEY, DAVID. The right to the city. New Left Review, n. 53, 2008.

KOSELLECK, REINHART; tradução do original alemão de Luciana Villas-Boas. Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. 1. ed. Rio de Janeiro: EDUERJ; Contraponto, 1999.

LAGO, L. C. do. Desigualdades e Segregação na Metrópole: o Rio de Janeiro em tempo de crise [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

LEMONS, FLAVIA CRISTINA SILVEIRA; CARDOSO JÚNIOR, HÉLI REBELLO. The genealogy in Foucault: a trajectory. Psicologia & Sociedade, v. 21, n. 3, p. 353–357, 2009.

LYRA FILHO, R. O que é direito. 11ªed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MELLO, J. M. C. D.; NOVAIS, F. Capitalismo Tardio e Sociabilidade Moderna. São Paulo: EdUNESP, 2009.

MILLNS, SUSAN. Respect for human dignity: an Anglo-French comparison. 2004. Doutorado - University of Kent at Canterbury, Canterbury, 2004.

MORAES, MARCOS VINICIUS MALHEIROS. Genealogia - Michel Foucault. In: ENCICLOPÉDIA DE ANTROPOLOGIA. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2018. Disponível em: <http://ea.fflch.usp.br/conceito/genealogia-michel-foucault>.

OLIVEIRA, ACAUAM SILVÉRIO DE. Negritude. In: , 2020, Universidade Federal Fluminense. Anais [...]. Universidade Federal Fluminense, 2020.

PONTES, C. A. A. Urbe água vida: ética da proteção aplicada ao estudo de implicações morais no acesso desigual à água potável. 2003. - Fundação Oswaldo Cruz, 2003.

PREFEITURA DO DISTRITO FEDERAL. Censo das favelas: aspectos gerais. Rio de Janeiro.: Prefeitura do Distrito Federal/Secretaria Geral do Interior e Segurança/Departamento de Geografia e Estatística., 1949.

QUINTSLR, S. A (RE) PRODUÇÃO DA DESIGUALDADE AMBIENTAL NA METRÓPOLE. 2018. Tese de Doutorado Universidade Federal do Rio de Janeiro., 2018.

REBOUÇAS, Antonio. Projecto do Futuro Abastecimento – considerações gerais. Revista de Engenharia, v. 4, p. 70–71, 1880.

RONCAYOLO, MARCEL. La ville et ses territoires. Paris: Gallimard, 1978.

SANTORO, E. A democracia é ainda adaptável às sociedades multiculturais?. In: FREITAS, J.; TEIXEIRA, A. V. (org.). Direito à democracia: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2011. p. 71–109.

SANTOS, C. N. F. Novos espaços, ou um poder que, com o tempo, ficou velho: Mimeo, 1984.

SILVA, MARIA HORTÊNCIA DO NASCIMENTO. Impressões de uma assistente sobre o trabalho na favela. Rio de Janeiro: Instituto Social, Prefeitura do Distrito Federal/Secretaria Geral de Saúde e Assistência, 1942.

SOUSA, A. C. A. de. O que esperar do novo marco do saneamento?. Cadernos de Saúde Pública, v. 36, p. e00224020, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SWYNGEDOUW, E. Social power and the urbanization of water: flows of power. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TOSTES, Eduardo Chow De Martino. Teoria do Mínimo Vital de Água: por um diálogo necessário do Estado de Direito com o Estado Sem Direitos. Tese de Doutorado. UFF. 2022.

VAZ, LILIAN FESSLER. Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos - a modernização da moradia no Rio de Janeiro. *Análise social*, p. 581–597, 1994.

XIMENES, LUCIANA ALENCAR; JAENISCH, SAMUEL THOMAS. As favelas do Rio de Janeiro e suas camadas de urbanização. Vinte anos de políticas de intervenção sobre espaços populares da cidade. *Anais do XVIII ENANPUR*, 2019.

## OS REFLEXOS DA LEI DA PANDEMIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Luciana Picanço de Oliveira Brandolin

Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios pela  
Universidade Federal Fluminense–UFF.

Mestre em Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade pela  
UNIRIO.

Professora de Direito do Consumidor nas Faculdades  
Integradas Hélio Alonso – FACHA.

### RESUMO

O presente estudo propõe a análise da Lei n. 14.010 de 10 de junho de 2020, considerada a “Lei da Pandemia”, a qual estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Pelo método dedutivo analítico serão analisados os impactos multifacetários decorrentes da contaminação em massa, bem como a necessidade de normatização de temas específicos, como contratos privados e relações de consumo. Serão pormenorizados os temas de incidência da norma, bem como as consequências sobre as relações jurídicas entre pares em face daquelas realizadas por vulneráveis, com a supressão da autonomia da vontade no momento anterior à contratação. Por conseguinte, serão vislumbrados os vetos presidenciais e as “derrubadas de vetos”, com a modificação de artigos do

Projeto de Lei, quando em trânsito. Por fim, será comentada a regressão na proteção ao consumidor e a supressão do direito ao arrependimento, questionando sua constitucionalidade, diante de seu caráter fundamental, tutelado pela Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao arrependimento; Lei n. 14.010/2020; Proteção ao consumidor.

### ABSTRACT

The present study proposes the analysis of Law n. 14.010 of June 10, 2020, considered the "Pandemic Law", which established the Emergency and Transitional Legal Regime of Private Law Legal Relations (RJET) during the Coronavirus pandemic (Covid-19). Through the analytical deductive method, the multifaceted impacts resulting from mass contamination will be analyzed, as well as the need to standardize specific topics, such as private contracts and consumer relations. The incidence of the norm will be detailed, as well as the consequences on legal relations between peers against those figuring vulnerable, with the suppression of autonomies before contracting. Therefore, presidential vetoes and “veto overrides” will be envisaged, with the modification of articles, when in transit. Finally, the regression in consumer protection and the suppression of the right of repentance will be discussed, questioning its constitutionality, given its fundamental character, protected by the Federal Constitution of 1988.

**KEYWORDS:** Right of repentance; Pandemic Law; Consumer protection.

## INTRODUÇÃO

Diante do reconhecimento de Estado de Calamidade pública na data de 20 de março de 2020, a população começou a clamar por segurança jurídica. O advento da Pandemia de Coronavírus desencadeou grande descompasso nas relações sociais, econômicas e jurídicas, razão pela qual diversas pretensões foram judicializadas, uma vez ocorrido o desequilíbrio econômico ou a impossibilidade de cumprimento de obrigações.

Desse modo, visando conferir maior estabilidade às relações jurídicas, o Congresso Nacional publicou a Lei n. 14.010 de 10 de junho de 2020, a qual dispôs acerca do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19) - regulamentando temas específicos acerca das relações jurídicas privadas realizadas no lapso temporal de 20 de março de 2020 a 30 de outubro de 2020 ou enquanto durassem os efeitos da pandemia.

A norma em comento trouxe ao ordenamento jurídico temas de extrema importância, tais como a suspensão de ordens de despejo por falta de pagamento, o cumprimento de prisão domiciliar pelo devedor de alimentos, a supressão ao direito do arrependimento do consumidor, a suspensão da contagem de prazos prescricionais, decadenciais e de aquisição da propriedade por usucapião e demais.

Diante da importância dos temas comentados, cumpre aprofundar os dispositivos legais atinentes às relações

privadas, seus efeitos aos contratantes e aos consumidores. Sendo assim, será realizada uma análise crítica sobre a constitucionalidade legal de dispositivos supressores, em especial, à impossibilidade de o consumidor realizar o direito ao arrependimento em compras na modalidade “delivery”, com aquisição de bens consumíveis ou perecíveis, uma vez multiplicados os contratos de consumo virtuais, haja vista a necessidade de isolamento social.

A pesquisa proposta é qualitativa, sob o método dedutivo analítico, com análise de documentos de fontes primárias, tais como documentos, livros, artigos, jornais e revistas, sob a hipótese de que a supressão ao direito de arrependimento do consumidor, em período de alta instabilidade, aliado à limitação de sua autonomia da vontade, aumento de sua vulnerabilidade e isolamento social, contrariam os preceitos constitucionais de defesa do consumidor, haja vista sua recepção pela Carta de 1988 como direito fundamental, essencial à sua dignidade como pessoa humana.

## A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

O princípio da autonomia da vontade teve sua origem no Direito Romano, sendo amplamente difundido durante o período do liberalismo, onde a ampliação da liberdade individual tomou primazia. A influência dos pensamentos jurídico-morais de autores como Kant e Adam Smith trouxeram ao Direito a ideia da liberdade de escolha, onde os

indivíduos estariam livres para pactuar suas relações obrigacionais, desde que os compromissos assumidos não limitassem a autotomia de terceiros. Para Kant a “cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante” (KANT, 2004, p. 74).

A autonomia para contratar tem como elemento intrínseco a liberdade de escolha, onde indivíduos possam optar pela criação de relações jurídicas. Sendo assim, pode-se escolher o que contratar, com quem contratar e como contratar, estabelecendo-se livremente o conteúdo do sinalagma pactuado. Respeitados os preceitos essenciais, sendo o negócio jurídico realizado por partes capazes, com objeto lícito, possível, determinado/determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, o negócio jurídico é válido e eficaz<sup>67</sup>.

O período pós-positivista<sup>68</sup> trouxe consigo a necessidade de interpretação das normas de acordo com os princípios constitucionais. Na existência de conflito entre normas fundamentais, adotou-se o método da ponderação, a ser utilizado no caso concreto, observando as particularidades da demanda. Desse modo, a liberdade para contratar tornou-se direito relativo, impedida de aplicação irrestrita, podendo ser

<sup>67</sup> BRASIL, Código Civil, Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>68</sup> Ao utilizarmos o termo “período pós positivista” nos referimos à difusão dos pensamentos jusfilosóficos diversos, baseados em premissas diferentes do “império da lei positiva” sugerido por Kelsen. Entre os maiores pensadores e críticos da Teoria Pura encontramos Ronald Dworking e John Rawls.

limitada sempre que violar sua função social, a ordem pública e os bons costumes.

Se as partes são livres para estabelecer o negócio jurídico é preciso que essa liberdade seja exercida dentro de determinados parâmetros aceitos, fazendo com os limites da liberdade sejam condicionados por aspectos sociais, morais, econômicos e jurídicos estabelecidos historicamente dentro de cada Sociedade. (OLIVEIRA; SANTOS. s/a. P.2)

No Brasil, a primeira menção a este princípio se encontra na Introdução ao Código Civil de 1916, em seu artigo 13, ao relatar que “salvo estipulação em contrário”, a lei do local de celebração do contrato será aplicada em relação à substância e aos efeitos das obrigações assumidas pelos contratantes<sup>69</sup>. O dispositivo, suprimido na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, fora elaborado por Clóvis Beviláqua, um dos juristas idealizadores do Código Civil de 1916. O autor, em sua obra “Princípios elementares do Direito

<sup>69</sup> BRASIL, Código Civil, Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contra Idas. Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira: 1- Os contratos exequíveis no Brasil; 11- As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III- Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV- Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro." Lei de Introdução ao Código Civil: "Art. 92. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1 2 Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 22 A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

Internacional Privado” de 1944<sup>70</sup>, afirmou o entendimento de que, em relação a contratos internacionais, as partes teriam autonomia para acordarem a quais leis submeteriam o contrato, desde que respeitados os limites naturais e as formas estabelecidas nas leis escolhidas<sup>71</sup>.

O estabelecimento das regras aplicadas ao contrato internacional sofreu diversas críticas, levando o dispositivo a ser alterado no Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942, com a redação alterada pela Lei n. 12.376 de 30 de dezembro de 2010, evidenciando que:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

<sup>70</sup> BEVILAQUA. Princípios Elementares de Direito internacional Privado. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 358.

<sup>71</sup> “Da leitura do art. 13 e seu parágrafo único, não fica claro se a regra do caput é utilizada em conjunto com o parágrafo único ou se quando a execução fosse no Brasil, aplicar-se-ia a lei brasileira não só às questões da execução ou a estas questões e àquelas relativas à substância e efeito. No entanto, da jurisprudência da época verifica-se que a tendência era a aplicação da lei brasileira, para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional (ou seja para as questões relativas à substância e à execução)”. (DE ARAUJO, Nadia. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais -Direito Brasileiro e Países do Mercosul. IN: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 231).

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. (BRASIL, L. n. 12.346/2010, art. 9º)

A Constituição Federal de 1988 não mencionou expressamente o princípio da autonomia da vontade para a elaboração de contratos privados. No entanto, garantiu a inviolabilidade do direito à liberdade e à propriedade, elencando-os entre os direitos fundamentais do indivíduo – inerentes à dignidade da pessoa humana<sup>72</sup>. Pelas palavras de Gustavo Tepedino:

Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. (TEPEDINO, 2004, p. 53)

O foco na dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, muda o entendimento da propriedade como direito absoluto, inserindo o indivíduo como a principal preocupação do Estado, cuja proteção de direitos impõe limites ao dirigismo estatal. O fenômeno da despatrimonialização do direito trouxe a primazia

<sup>72</sup> Vide Constituição Federal de 1988, art. 1º e art. 5º, II, IV, XVII, XXII e XXIII.

do princípio da isonomia, trazendo à baila a priorização da dignidade humana e a proteção de vulneráveis.

Sob a influência da Norma Maior, no ano de 1990, uma Lei Federal modificou substancialmente as relações privadas: o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com o intuito de regulamentar as relações de consumo, os preceitos do CDC determinaram novas “regras do jogo” para as relações díspares fornecedor-consumidor. Fora reconhecido que o consumidor é considerado vulnerável, seja esta vulnerabilidade econômica, técnica ou jurídica – pois, além de não participar do processo produtivo, estaria diante de relações jurídicas operadas em massa, com padronização de contratos e afastamento da possibilidade de negociação de cláusulas – suprimindo sua autonomia mediante a pré-estipulação unilateral das cláusulas contratuais.

A ausência de participação ativa da parte vulnerável na fase pré-contratual trouxe ao contexto social um desequilíbrio entre polos e a possibilidade de ensejar danos à parte vulnerável. Com a função de reequilibrar a relação contratual, o CDC criou diversas inovações, normas protetivas, princípios e cláusulas gerais – elencaremos as mais significativas para o presente estudo.

Segundo o Código do Consumidor, o contrato de consumo deverá ser interpretado da forma mais benéfica ao vulnerável<sup>73</sup>, devido a utilização de contratos de adesão,

---

<sup>73</sup>BRASIL, CDC, Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

preestabelecidos pelo fornecedor de produtos ou serviços. A elaboração dos termos contratuais de forma unilateral é limitada pelas seguintes regras: a informação dos termos contratuais<sup>74</sup> deve ser clara, transparente e informativa<sup>75</sup>; deverão ser utilizados grifos, fontes maiores e sublinhados na redação de cláusulas limitativas do direito do consumidor<sup>76</sup> -

---

<sup>74</sup>BRASIL, CDC, Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

<sup>75</sup> O Princípio da Informação no contrato de consumo proíbe a utilização de termos indefinidos, estrangeiros, ambíguos ou técnicos, com a possibilidade de impedir que o consumidor compreenda o que será contratado. É necessário, para vinculação do consumidor, o preenchimento da cognoscibilidade, ou seja, do recebimento das informações e da real compreensão dos termos contratuais. Caso o consumidor não compreenda as cláusulas contratuais, estas poderão não o vincular – cabendo ao Poder Judiciário, a posteriori, analisar o preenchimento da cognoscibilidade do consumidor, observando a sua subjetividade, caso a caso.

<sup>76</sup> BRASIL, CDC, Art. 54. § 3 Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (...) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

que deverá ter ciência prévia dos termos contratuais, além de necessária sua concordância expressa em alterações posteriores<sup>77</sup>; deverá ser observada a subjetividade do consumidor na etapa pré-contratual, de modo a possibilitá-lo total compreensão dos termos da contratação, com análise prévia da conveniência e oportunidade da relação de consumo<sup>78</sup>, entre outras disposições.

O Código do Consumidor foi considerado uma norma inovadora à sua época, pois a aplicação dos termos do Código Civil e a responsabilização subjetiva do agente por vezes impossibilitavam a indenização do consumidor. A necessidade de comprovar a culpabilidade do fornecedor impedia o desincumbimento do ônus da prova, desconfigurando a responsabilidade mediante culpa. A publicação do CDC trouxe a possibilidade e inversão do ônus probatório e o advento da responsabilidade objetiva do fornecedor faltoso.

Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva,

---

<sup>77</sup> BRASIL, CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; (...)VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade. (TEPEDINO, 2008, p. 64)

A autonomia da vontade no contrato de consumo é limitada à análise da conveniência da contratação e sua assinatura. Ao consumidor incumbe apenas a compreensão da oferta e negociação [não substancial] de termos específicos, limitando-se às disposições do contrato de adesão pré-estipulado.

Cumprido, portanto, ressaltar a importância de normas protetivas devido a autonomia limitada do consumidor, de modo que a liberdade da parte dominante não enseje em danos à parte vulnerável. Cumprido observar que o mesmo não procede quando figurarem partes iguais, não sendo aplicável o CDC. A responsabilidade civil tradicional será utilizada sempre que o contrato privado contiver partes equânimes, com possibilidade de negociação e estabelecimento bilateral das cláusulas contratuais. Nessa hipótese é necessária ampla autonomia às partes, sendo considerado válido todo pacto que não seja antijurídico, que contenha objeto determinado ou determinável, partes capazes e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme estabelece o artigo 104 do Código Civil de 2002<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

## 2. A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

No dia 31 de dezembro de 2019 a comunidade internacional fora surpreendida com a divulgação oficial de que, na cidade de Wuhan, foram detectadas infecções por Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS). O governo chinês, no entanto, declarou que o referido vírus fazia parte de uma categoria conhecida já detectada, sendo desnecessárias medidas drásticas. Poucos dias após a declaração, o mundo se surpreendeu com o bloqueio das fronteiras de Wuhan, *lockdown* e isolamento de moradores objetivando a diminuição da curva de contaminação por uma mutação viral de alta letalidade, denominada Coronavírus.

O SARS-COV-2 (nomenclatura científica da doença) se disseminou de forma assustadora na China, vindo a atingir diversos países da Ásia e Europa. Inúmeros casos foram notificados imediatamente, tendo como características a severidade das infecções respiratórias, a necessidade de internação de pacientes e, em casos severos, sua intubação. A ausência de padrão detectável no início da contaminação e alto tempo de incubação do vírus o disseminou rapidamente à níveis mundiais.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o surto de Coronavírus como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional - o mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário global. Com a afirmação Internacional diversos países buscaram “aprimorar a coordenação, a cooperação e a

solidariedade global para interromper a propagação do vírus” (PAHO, 2020).

No mês de março de 2020 as autoridades brasileiras recomendaram a realização de quarentena e isolamento residencial de pessoas infectadas. Esta recomendação atendeu às medidas já adotadas na Europa – com maior número de vítimas fatais – na finalidade de reduzir a curva de contaminação. No entanto, ainda com as medidas restritivas e preventivas, o Coronavírus infectou milhares de brasileiros, muitos vindo a óbito antes de serem diagnosticados.

No mês de janeiro de 2021, somente no Brasil, a plataforma oficial do governo divulgou mais de 8 milhões infectados, com mais de 203 mil óbitos e taxa de letalidade de 2,5% (SAUDE.GOV. 26.11.2020). A alta taxa de contaminação trouxe ao mundo mais de 90 milhões de infectados, com um total de 1,9 milhão de mortes (JHU. Op. Cit.). A plataforma oficial de contabilização de casos “*COVID-19 Dashboard by the Center for Systems and Engineering (CSSE)*” da universidade Johns Hopkins (JHU) elencou o Brasil em terceiro lugar no *ranking* mundial de contaminação e em segundo lugar para a taxa de mortalidade – perdendo apenas para os Estados Unidos da América (JHN, 28.09.2022).

Em ferramenta desenvolvida pelas universidades USP e UNESP, denominada Info Tracker (Versão BR), no período entre 1º de agosto e 5 de novembro de 2020, houve aumento de 50% de casos suspeitos de contaminação na região da Grande São Paulo – com mais de 504 mil casos registrados (CORREIO BRASILIENSE. 26.11.2020). Para os pesquisadores desta ferramenta, houveram indícios de possível aceleração do contágio, pois o tempo médio para resolução dos

casos – com tratamento e convalescência dos pacientes – era de aproximadamente 19 dias, não acompanhando a celeridade da reprodução do vírus (SAUDE.GOV. Op. Cit.). A desvantagem do lapso temporal de tratamento, aliada ao aumento de aglomerações e abrandamento de medidas protetivas, resultaram em uma nova onda de contaminação por Coronavírus – também vislumbrada no continente europeu (TERRA, 26.11.2020).

A imprevisibilidade da pandemia trouxe consigo questionamentos em diversas áreas, de farmacêuticos a acadêmicos de Direito. A inexistência de lei nacional com previsão de procedimentos-padrão ocasionou impactos em diversas áreas sociais e econômicas. Como exemplo, podemos citar o disparo de contratações ilegais, a falta de medicamentos em unidades do Sistema Único de Saúde, a superlotação de leitos de hospitais, o desequilíbrio econômico dos contratos de trato continuado, a ausência de consenso acerca do tratamento a ser adotado, entre outros.

A realização da quarentena, com a suspensão de atividades presenciais trouxe diversos impactos aos setores da economia. O alto grau de contaminação da doença gerou a suspensão temporária de atividades em 1,3 milhão em empresas (ABRIL, 06.01.2021) no primeiro semestre de isolamento, com conseguinte fechamento de 522,7 mil empreendimentos (ibidem). A redução de lucros empresariais gerou o aumento do índice de desemprego que, segundo dados do IBGE (BANCÁRIOSDF, 06.01.2021), esbarrou à taxa de 40% em seis meses, totalizando aproximadamente 14 milhões de desempregados.

A perda das fontes de renda aliada às incertezas políticas do país potencializou o desequilíbrio econômico-social, levando diversas questões à análise do Judiciário, que se viu responsável pela pacificação das pretensões individuais e coletivas, com o intuito de viabilizar a continuidade de milhares de contratos públicos e privados; e analisar as possibilidades de concessão de salvo condutos para descumprimento de contratos anteriores à pandemia.

Em relação ao Direito Privado, sabe-se que a realização de acordos bilaterais considera a realidade fática, jurídica e econômica das partes, com possibilidade de projeção futura (em graus variados) da posição social em que os pactuantes se encontrarão. No entanto, a ocorrência de fato superveniente e imprevisível com tamanha magnitude, como no caso em tela, impactou significativamente a estabilidade dos contratantes, impossibilitados a cumprir as obrigações assumidas – socorrendo-se pela via judicial mediante o desequilíbrio superveniente ocasionado.

Se observarmos a pandemia de Coronavírus como um fato alheio à vontade das partes -independente de sua classificação com caso fortuito ou força maior<sup>80</sup> - abrimos espaço para a rediscussão de obrigações legais e contratuais. Essa reanálise poderá ser feita pelo Poder Legislativo, por meio de edição, revogação ou modificação legal; pelo Poder Executivo por meio de Medidas Provisórias e concessão de auxílios emergenciais; e, pelo Poder Judiciário, mediante a judicialização dos casos.

---

<sup>80</sup> Cumpre observar que a doutrina não pacificou o entendimento acerca da natureza jurídica da pandemia – como caso fortuito ou força maior.

A enxurrada de Ações com fulcro na resolução ou revisão de contratos levou à criação de ferramentas de dado como o Painel Covid-19 do Supremo Tribunal Federal, uma ferramenta destinada a publicizar os casos judicializados, bem como as decisões do Tribunal relativas aos impactos pandêmicos. No período de aproximadamente 10 meses foram propostas 6.831 ações (STF. 08.01.2021), entre elas a massiva interposição de Habeas Corpus para a liberação de reclusos a fim de dirimir a contaminação no sistema penitenciário (ibidem)<sup>81</sup>.

Devido aos impactos multifacetários da Covid-19 diversas questões foram levantadas, tais como o questionamento da força obrigatória dos contratos diante da imprevisibilidade da pandemia; a solicitação de revisão ou resolução contratual mediante a impossibilidade de cumprimento de obrigações; a necessária liberação de exames e tratamentos em massa por empresas de planos de saúde; a revisão de contratos de longa duração, com redução das parcelas mensais mediante desemprego ou suspensão de contratos de trabalho e outros.

#### OS REFLEXOS DA LEI 14.010/2020 NO DIREITO PRIVADO

<sup>81</sup>Dados atualizados até o dia 08/01/2021 demonstram a interposição de 5.217 Habeas Corpus ressaltando a violação da Súmula Vinculante n. 56 do STF que determina que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. A questão chave da argumentação dos pacientes foi a interpretação do termo “estabelecimento penal adequado” quando diante de uma pandemia e das baixas condições de saúde e higiene do sistema prisional brasileiro.

Diante do reconhecimento de Estado de Calamidade pública na data de 20 de março de 2020, a população começou a clamar por maior segurança jurídica. Desse modo, visando conferir maior estabilidade ao período de anormalidade, o Congresso Nacional publicou a Lei n. 14.010 de 10 de junho de 2020. A norma dispôs acerca do “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)” - regulamentando temas específicos acerca das relações jurídicas privadas até 30 de outubro de 2020 – ou até quando perdurarem os efeitos da pandemia<sup>82</sup>.

A contagem de Prazos prescricionais e decadenciais foi suspensa, bem como a contagem de dias para a aquisição de propriedade privada nas diversas espécies de usucapião. À Pessoas Jurídicas de Direito Privado foi concedida a possibilidade de realização de Assembleias pelo meio eletrônico até o dia 30.10.2020, contabilizando a participação e voto sob os mesmos efeitos de uma reunião presencial.

A alta demanda por compras virtuais no período de distanciamento social, ocasionou a projeção em massa de contratos eletrônicos. Diante da anormalidade do período vigente, estabeleceu o RJET que as compras de bens para consumo imediato, alimentos perecíveis e medicamentos não

<sup>82</sup> Lei n. 14.010 de 10 de junho de 2020. “Art. 1º Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19)”.

seriam beneficiadas pelo Artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor<sup>83</sup>. Em outras palavras, o consumidor que realizasse contratos de delivery de itens perecíveis não poderia exercer o direito de arrependimento, consubstanciado no CDC – e, com isso, não poderia solicitar o estorno da operação, mesmo realizada fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

A impossibilidade de utilização do período de reflexão de sete dias, decorreu do entendimento do Congresso Nacional pela priorização da não judicialização de tais demandas, as quais poderiam ocasionar uma multiplicação da demanda judiciária.

Em relação ao Regime Concorrencial, a norma estabeleceu Em seu Artigo 14 a ineficácia dos Atos previstos nos os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, praticados entre 20 de março e 30 de outubro de 2020 - ou enquanto perdurar o período de pandemia - os quais dispõem:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica.

(...)

<sup>83</sup> Lei n. 8.078/90, Art. 49. “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”.

XV - Vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

(...)

XVII - Cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

Art.90. São considerados Atos de concentração que serão fiscalizados pelo CADE:

(...)

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Acerca dos procedimentos sucessórios, a norma determinou a Suspensão de prazos para sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro de 2020 e para contagem do prazo para conclusão do Processo de Inventário e de Partilha, caso iniciado antes de 1º de fevereiro de 2020.

Devido aos esforços para reduzir a contaminação, a lei determinou que as penas de prisão do devedor de pensão alimentícia deveriam ser cumpridas na modalidade domiciliar até o dia 20 de outubro de 2020 ou enquanto perdurassem os perigos de contaminação em massa.

### Vetos presidenciais

Cumprе ressaltar que os capítulos IV, VI e VI da Lei foram vetados pelo Presidente, sob a justificativa de que contrariariam o interesse público, gerariam insegurança jurídica ou, que seria meras reproduções de dispositivos do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

O Capítulo IV, integralmente vetado pelo Executivo, dispôs acerca da resilição, resolução e revisão dos contratos. Os artigos 6º e 7º versaram sobre o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização e a substituição do padrão monetário não se enquadrariam nas hipóteses de caso fortuito vislumbradas pelo Código Civil. O veto presidencial determinou a contrariedade dos dispositivos ao interesse público "uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe[ria] de mecanismos apropriados para modulação das obrigações contratuais em situação excepcionais, tais como os institutos da força maior e do caso fortuito e teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva" (PLANALTO, 12.06.2020).

Sabe-se que o Código Civil, por meio da Teoria da Onerosidade Excessiva, viabilizou a revisão de contratos por meio dos artigos 317 e 478, determinando que, por motivos imprevisíveis, havendo manifesta desproporção "entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação" (BRASIL, Lei n. 10.406/02, Art. 317); em contratos de execução continuada, existindo desproporção que gere extrema vantagem para uma das partes, advindas de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, torna-se possível ao devedor o pedido de

resolução contratual (Idem, Art. 478). Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (BRASIL, L. 8.078/90, Art. 6º, V).

Em relação ao tema de despejo por falta de pagamento, o artigo 9º - também vetado pelo Poder Executivo - determinava a suspensão de Liminares que concedessem a desocupação de imóveis durante o período previsto – ou seja, entre os dias 20 de março a 20 de outubro de 2020. A justificativa de veto considerou o período demasiadamente extenso e apto a ensejar incentivo ao inadimplemento, protegendo excessivamente os devedores "e em desconsideração da realidade de diversos locadores que dependem do recebimento de aluguéis como forma complementar ou, até mesmo, exclusiva de renda para o sustento próprio". (PLANALTO. Op. Cit.).

Sob o tema de diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, os artigos vetados dispuseram acerca dos contratos de transporte e da possibilidade de redução do repasse para motoristas e entregadores ("delivery"), respeitando o valor mínimo de 15%. O Ministério da Justiça e Segurança Pública vetou o dispositivo sob os seguintes fundamentos:

As proposições legislativas, ao reduzirem os repasses dos motoristas às empresas de serviços de aplicativos de transporte de individual e dos serviços e outorgas de taxi, bem como às empresas de serviços de entrega (*delivery*), em ao menos 15% (quinze por cento), violam o princípio

constitucional da livre iniciativa, fundamento da República, nos termos do art. 1º da Carta Constitucional, bem como o da livre concorrência, insculpido no art. 170, caput, IV, da Constituição da República (v. g. RE 422.941, rel. min. Carlos Velloso, j. 5-12-2005, 2ª T, DJ de 24- 3-2006; AI 754.769 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 18-9-2012, 2ª T, DJE de 4-10- 2012; dentre outros). Ademais, os dispositivos contrariam o interesse público, pois provocam efeitos nocivos sobre o livre funcionamento dos mercados afetados pelo projeto bem mais duradouros que a vigência da medida gerando, por consequência, impactos nocivos à concorrência, prejudicando os usuários dos serviços de aplicativos, além de produzir incentivos para a prática de condutas colusivas entre empresas, uma vez que estabelece uma forma de restrição ou controle de preços praticados aos usuários. (PLANALTO. Op. Cit.) (grifos nossos).

Por fim, sob a alegação de violação ao Princípio da Autonomia da Vontade, foram vetadas as disposições que conferiam ao síndico o poder discricionário de restringir o acesso dos condôminos a áreas de uso comum, bem como a realização de reuniões e festividades ou a utilização de garagens por terceiros. Fundamentou-se que as situações específicas seriam de crivo das Assembleias e deveriam ser precedidas por votação.

#### A supressão do direito ao arrependimento

O Código de Defesa do Consumidor trouxe ao cenário de sua época uma mudança de paradigma. Suas cláusulas gerais, princípios e regras demonstraram a

preocupação com a tutela do destinatário final, presumido como vulnerável, haja vista a disparidade econômica, técnica, fática e jurídica. Considerada um marco legal pós Constituição, regulamentou o direito fundamental à proteção ao consumidor, estabelecendo normas protetivas e elevando o consumidor à “altura” do fornecedor de produtos ou serviços.

Entre os direitos básicos do consumidor, elencados no rol do artigo 6º da Lei, estão a proteção à vida, saúde, segurança, educação para consumo, liberdade de escolha, igualdade nas contratações, proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, Artigo 6º, inciso VI), a modificação ou revisão de cláusulas contratuais com prestações desproporcionais, bem como a facilitação do acesso à justiça, a possibilidade de inversão do ônus probatório, entre outros direitos.

Ao consumidor é garantia a isonomia mediante a proteção. Em outras palavras, assegura-se a equidade – nos termos de Rui Barbosa – mediante o tratamento dos desiguais na medida em que se desigualam. O tratamento aqui referido é a adoção de medidas protetivas e a aplicação do princípio da vulnerabilidade presumida. Afirmar que todo consumidor é vulnerável é conceder-lhe a possibilidade de acesso à justiça e à ampla defesa – e, a inversão do *ônus probandi* ao fornecedor, sempre que solicitada e verossímil ou quando hipossuficiente, presumindo-se verdadeiras as suas afirmações uma vez não desincumbido o ônus probatório do Réu fornecedor.

O direito ao arrependimento foi estabelecido pelo Artigo 49 do Código, que estabelece a possibilidade de

exercício do período de reflexão sobre a contratação, sempre que realizada fora do estabelecimento comercial do fornecedor. O advérbio “fora” deve ser interpretado como “além dos limites físicos do estabelecimento” gerido pelo fornecedor de produtos ou serviços. À título exemplificativo, realizado um contrato de compra e venda a domicílio, via telefone ou internet, deverá ser possibilitado o Direito ao Arrependimento do consumidor, contado da data de recebimento do produto ou serviço.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados (Idem, Art. 49).

A possibilidade de arrependimento da contratação advém de duas premissas: a supressão da autonomia da vontade do consumidor e a impossibilidade de contato físico com o bem ou serviço. Acerca do primeiro ponto, cumpre evidenciar que a autonomia do consumidor no período pré-contratual é resumida a duas possibilidades: concordar com os termos do contrato [e assiná-lo] ou discordar e procurar outro fornecedor com termos contratuais mais favoráveis. Essa

limitação decorre da aplicação em massa dos Contratos de Adesão, cujos termos foram preestabelecimentos unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços. Ao consumidor assiste o poder eventual de modificar termos específicos do contrato – sem, contudo, modificá-lo substancialmente. A segunda premissa da possibilidade de arrependimento é a ausência de certeza quanto ao bem ou serviço que o consumidor receberá – a termos futuros. O consumidor que não possui contato físico com o bem ou serviço é impossibilitado de realizar plenamente a reflexão acerca da conveniência e oportunidade da contratação. Desse modo, uma vez recebido o bem ou iniciada a prestação do serviço, poderá observar a plenitude da contratação – e refletir sobre esta.

A supressão do Direito ao Arrependimento retira do consumidor a possibilidade de extinguir o contrato, uma vez iniciada sua execução. Retornando à disposição da RJET, a impossibilidade de reflexão nos contratos de delivery, mediante a prestação de bens perecíveis ou consumíveis, demonstra a inconstitucionalidade da norma em comento, bem como a limitação à proteção ao consumidor, essencial à dignidade da pessoa humana, com fulcro no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988.

#### A flexibilização do termo de vigência

A RJET é considerada uma lei temporária, pois estabelece preceitos específicos às relações jurídicas de Direito Privado ocorridas durante o período de pandemia. Seu Projeto de Lei foi proposto no mês de março de 2020, no entanto, a

norma entrou em vigor somente no dia no dia 12 de junho do mesmo ano. Entretanto, em seu artigo 1º, a lei determina que “considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19)”. (BRASIL. Lei n. 14.010/20, art. 1º).

Cumpra, portanto, observar a diversidade de datas entre a publicação da norma e a declaração de seus efeitos sobre as relações privadas. Primeiramente, a norma em comento, à data da decretação do estado de calamidade pública – mediante a publicação do Decreto Legislativo n. 6/20 – estaria em votação parlamentar, com possibilidade de alterações e veto presidencial.

Após os vetos presidenciais, alguns dispositivos foram mantidos pelo Congresso Nacional, entre eles, os termos do artigo 6º, que estabelece a irretroatividade dos efeitos da pandemia sobre execuções contratuais. Em outras palavras: “As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos”. Desse modo, uma vez reconhecido como termo inicial o dia 20 de março de 2020, os efeitos pandêmicos ocorridos antes de sua vigência, não poderiam ser abarcados pelo RJET.

Outro ponto controvertido da norma foi a declaração, para fins de inventário e partilha, do reconhecimento do dia 1º de fevereiro de 2020 como o marco inicial para prorrogação de prazos, dilatando-os até dia 30 de outubro de 2020. Em outros termos, as sucessões iniciadas a partir do dia 1º de fevereiro de 2020 teriam prazos prorrogados

por mais de 8 meses. Nos pontos abordados, portanto, a norma seria retroativa, operando sobre fatos pretéritos à sua vigência.

Apesar de estabelecer o limite temporal no dia 30 de outubro de 2020, o legislador, no artigo 14, estabeleceu a possibilidade de utilização da norma em momento posterior ao prazo de vigência – demonstrando a possibilidade de ultratividade legal ou alargamento do prazo de vigência das disposições da RJET.

Art. 14. Ficam sem eficácia os [incisos XV e XVII do § 3º do art. 36](#) e o [inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#), em relação a todos os atos praticados e com vigência de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

(...)

§ 1º Na apreciação, pelo órgão competente, das demais infrações previstas no [art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#), caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, deverão ser consideradas as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19). (BRASIL, L. 14.010/20)

A flexibilização do prazo de vigência da norma leva juristas a acreditarem que “o RJET continuará produzindo efeitos mesmo depois do término da sua vigência em outras situações, e não apenas naquela expressamente nele previstas”. De acordo com GAMA e NEVES, a eficácia da norma em comento se prolongará no tempo, posto que deverá ser considerada sempre que observadas relações jurídicas privadas ocorridas durante o período de calamidade pública.

## CONCLUSÃO

O presente estudo realizou uma análise crítica acerca da Lei n. 14.010 de 10 de junho de 2020, considerada a “Lei da Pandemia”, a qual estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

Foram observados os impactos multifacetários da contaminação por Covid-19, bem como a necessidade de normatização de temas específicos, mediante a elaboração de um regime especial e transitório sobre as relações de Direito Privado. Afirmou-se a pertinência da norma para aumento da segurança jurídica e singularização do cenário pandêmico, que trouxe ao ordenamento jurídico descompasso e insegurança.

Foram pormenorizados os temas de incidência da norma, bem como as consequências sobre as relações jurídicas entre pares em face daquelas realizadas por vulneráveis, com a supressão da autonomia da vontade no momento anterior à

contratação. Para isso, foram analisadas as diferenças entre relações realizadas entre pares e aquelas onde figura o vulnerável, impossibilitado de negociar as cláusulas contratuais, com evidente supressão de sua autonomia, mediante a aplicação generalizada de contratos de adesão.

Em seguida, foram vislumbrados diversos temas de Direito Privado abarcados pela Lei da Pandemia, entre eles a supressão do direito ao arrependimento do consumidor – essencial à sua reflexão quanto ao produto adquirido, em situação de hipervulnerabilidade, em período de isolamento social. Por fim, foi afirmada a regressão na proteção ao consumidor e questionada a sua constitucionalidade, diante de seu caráter fundamental, tutelado pela Constituição Federal de 1988.

## BIBLIOGRAFIA

ABRIL. Crise do Coronavírus fecha 522,7 mil empresas no Brasil. Disponível em: <https://vocerh.abril.com.br/mercado-vagas/crise-do-coronavirus-fecha-5227-mil-empresas-no-brasil/>. Acesso em 06 de janeiro de 2021.

ARAUJO, Nadia de. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais -Direito Brasileiro e Países do

Mercosul. IN: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 231.

BANCÁRIOSDF. IBGE: Desemprego bate novo recorde e aumenta quase 40% em seis meses. Disponível em: <https://bancariosdf.com.br/portal/ibge-desemprego-bate-novo-recorde-e-aumenta-quase-40-em-seis-meses/>. Acesso em 06 de janeiro de 2021.

BEVILAQUA. Princípios Elementares de Direito internacional Privado. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 358.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942.

\_\_\_\_\_. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.346 de 9 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.376 de 30 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 14.010 de 10 de junho de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Grau, E. R. (2001). Um novo paradigma dos contratos?. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 96, 423-433. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510>. Acesso em 10 de setembro de 22.

JHU – Johns Hopkins University of Medicine. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 28 de setembro de 2022.

JÚNIOR, Francisco Carlos Malosá; SILVA, Rafael de Souza. Autonomia da vontade e o dirigismo estatal nos contratos. **Revista Jurídica da UniFil**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 178-198, set. 2018. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/547>>. Acesso em: 10 de setembro de 22.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. IN: Revista GV. V.1 N. 1 (2005) mai. (1). Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. 10 de setembro de 22.

OLIVEIRA, Leandro Antonio Godoy; DOS SANTOS, Ricardo Soares Stersi. Os institutos da autonomia da vontade e da ordem pública e suas implicações nas arbitragens reguladas pela Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/96). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b5c480f68b945407>. Acesso em 12 de setembro de 22.

PAHO. Histórico da pandemia de covid-19. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em 30 de setembro de 2022.

PENTEADO JR, Cassio M. C. Novo Código Civil e a autonomia da vontade. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/novo-codigo-civil-e-autonomia-da-vontade/>. Acesso em 10 de setembro de 22.

PLANALTO. Mensagem n. 331 de 10 de junho de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-)

[2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm](https://2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm). Acesso em 17 de junho de 2021.

RECKZIEGEL, Janáina; FABRO, Roni Edson. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. IN: Revista de Direito Brasileira. Ano 4 • vol.8 • Maio-Ago/ 2014. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888>. Acesso em 12 de setembro de 22.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAUDE.GOV. Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 26 de novembro de 2020.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Painel inclui principais decisões do Supremo relacionadas à covid-19. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verniciadetalhe.asp?idconteudo=447383&ori=1>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.

Scaff, F. C. (1996). As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 91, 141-159. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em 10 de setembro de 22.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA. Nova onda de Covid-19 atinge o Leste europeu. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/nova-onda-de-covid-19-atinge-o-leste-europeu,cb0a0d5adc396ae1412d72928037a9b66u0dpmyj.html>. Acesso em 26 de novembro de 2020.

## JUDICIALIZAÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICAS E A RESPONSABILIDADE FISCAL: UMA ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL

**Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães**

Mestre em Teoria do Direito.

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Doutorando pelo PPGDIN/UFF.

E-mail:marcelo@piragibe.com.br

### RESUMO

Desenvolvida em um contexto de formação do Estado Liberal, em que se buscava embasar a ideologia da necessidade de menor interferência do Estado nas liberdades individuais, a Teoria da Separação dos Poderes ainda encontra eco nos dias atuais como argumento contrário à judicialização da proteção aos direitos fundamentais. Dessa forma, o presente trabalho propõe-se a investigar, a partir de revisão bibliográfica e de pesquisa empírica, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em prol da eficácia direta e imediata dos direitos

830

fundamentais, com enfoque no direito à saúde, visando demonstrar sua conformidade com o princípio constitucional da separação dos poderes, desde que realizada mediante uma ponderação consequencialista e pragmática entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Serão analisados julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como forma de expor a forma que o Poder Judiciário brasileiro vem compatibilizando a tutela da saúde e da dignidade da pessoa humana com os impactos práticos de suas decisões no orçamento público, considerando-se, ainda, os reais obstáculos à atuação do gestor público.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Consequencialismo. Reserva do possível. Responsabilidade Fiscal. Orçamento Público. Mínimo existencial.

### INTRODUÇÃO

A saúde, por constituir bem indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, foi elevada pela Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196, à condição de direito fundamental do homem, *in verbis*:

831

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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.

Nesse sentido, também a norma disciplinadora do Sistema Único de Saúde (SUS), a Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90 (LOS), em seu artigo 2º, reconhece a saúde como direito fundamental do ser humano, atribuindo ao Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu exercício.

Contudo, em um contexto de muitas demandas de saúde da população não atendidas pelo Poder Público, a eficácia do direito à saúde, muitas vezes, depende da

intervenção do Poder Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, originando o fenômeno denominado judicialização da saúde.

Não se ignora, em contrapartida, que o Estado consiste em uma entidade finita de recursos, o que impõe a realização de um planejamento orçamentário, que é regulado, dentre outros instrumentos normativos, pela Lei Complementar nº 101, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita a liberdade de utilização de verbas públicas, condicionando-a à capacidade de arrecadação de tributos dos entes políticos, e fixa as despesas de acordo com prioridades a serem estabelecidas, aperfeiçoando a gestão orçamentária para aumentar a eficiência do gasto público.

Assim, diante da potencial inviabilização da atuação do gestor público conforme o planejamento orçamentário já definido para a execução de políticas públicas de saúde frente às demandas que são determinadas por decisões judiciais, emerge ao julgador a necessidade de observância da chamada reserva do possível, noção segundo a qual a efetividade dos direitos sociais estaria limitada aos recursos públicos disponíveis, diante das necessidades quase sempre

infinitas a serem por eles supridas, sob pena de comprometimento da alocação de recursos conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ante o exposto, o presente trabalho busca debater a possibilidade de o Poder Judiciário, no momento de prolatar a decisão, realizar uma análise consequencialista e pragmática, a fim de, por meio da técnica da ponderação, verificar qual dos valores protegidos constitucionalmente - saúde, vida, dignidade humana e mínimo existencial; ou reserva do possível e orçamento - devem prevalecer no caso concreto, dando-lhes efetividade.

Para tanto, a metodologia utilizada consiste na realização de revisão bibliográfica e de pesquisa empírica, mediante levantamento na base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais das decisões mais recentes em que se observa a judicialização do direito à saúde, para investigação da forma que o Poder Judiciário brasileiro vem compatibilizando a proteção do mínimo existencial e os impactos práticos de suas decisões no orçamento público, bem como análise dos reais obstáculos à atuação do gestor público.

## DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, é importante destacar a origem da noção de reserva do possível, que se deu mediante construção jurisprudencial alemã. No ano de 1972, estudantes alemães ajuizaram uma ação na qual pleiteavam o direito de ingresso no curso de medicina de uma Universidade Pública, sob o fundamento de que a Lei Fundamental Alemã previa que todosos alemães possuíam o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e formação profissional, de modo que o ingresso limitado de alunos no ensino superior violaria tal norma fundamental.

Em sua decisão, a Corte Constitucional Alemã consagrou a cláusula da reserva do possível, entendendo que os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer por parte do Poder Público estariam sujeitos ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado de recursos, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

A partir de então, a noção de reserva do possível

difundiuiu-se para diversos países, sendo aplicada com o objetivo de limitar exigências em prol da efetivação dos direitos fundamentais, exigindo, para tanto, a realização de um juízo de razoabilidade.

Nesse ponto, ressalte-se que, em seu nascedouro, a cláusula da reserva do possível não estava relacionada à capacidade financeira do Estado em arcar com os custos decorrentes do exercício dos direitos fundamentais pleiteados, como ocorre comumente quando aplicada no Brasil, mas sim com o que é racional ao indivíduo exigir do Poder Público.

Desse modo, a invocação estéril da Administração Pública no sentido de que há escassez de recursos financeiros capazes de fazer cumprir o direito constitucional à saúde, conforme se verifica em grande parte das ações judiciais em que se discute referida obrigação estatal, evidencia verdadeira distorção da teoria alemã, eis que condiciona a eficácia dos direitos sociais à existência de recursos nos cofres públicos, o que equivale, na prática, à ausência de vinculação jurídica para o Estado (CANOTILHO, 2004, p. 108).<sup>84</sup>

<sup>84</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

Com efeito, diante da razoabilidade de se exigir do Poder Público a prestação do mínimo existencial, que se traduz em um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis à materialização do princípio da dignidade humana, como logicamente é o caso da saúde da população, o direito à saúde está dentro da reserva do possível, levando-se em consideração a definição desenvolvida na Alemanha, de modo que a reserva do possível constitui argumento dotado de extrema precariedade diante da salvaguarda do mínimo existencial.

Isto é, não há que se falar em violação à cláusula da reserva do possível no caso de emprego de recursos públicos para garantir parcela mínima de vida digna ao cidadão, em observância ao mínimo existencial decorrente da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta à efetivação dos direitos referentes à vida e saúde, eis que se trata de prestação razoavelmente exigível do Estado, conforme leciona Andreas Joachim Krell (2002, p. 53):

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua

aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um

relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’

Sendo assim, ainda que a competência para formular e implementar políticas públicas resida, em primeiro lugar, nos Poderes Legislativo e Executivo, porquanto democraticamente legitimados, tal mister pode ser estendido ao Poder Judiciário em situações excepcionais em que os órgãos estatais competentes transgridem de forma grave e intolerável o plexo de direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial<sup>85</sup>, já que este se sobrepõe aos entraves

<sup>85</sup> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE ORIZÂNIA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. PRETENSÃO DE REESTRUTURAR A POLÍTICA PÚBLICA LOCAL. ATIVIDADE EM FUNCIONAMENTO. SITUAÇÃO AQUÉM DA IDEAL. IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. Versam os autos

sobre ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, visando compelir o MUNICÍPIO DE ORIZÂNIA/MG a reestruturar sua gestão quanto aos serviços prestados pelo respectivo órgão de Vigilância Sanitária. Sem embargo do poder-dever que os municípios têm de exercer a atividade de vigilância sanitária, garantindo, assim, a saúde e o bem-estar da população local, o fato de a atividade ser prestada em situação aquém da ideal não autoriza a intervenção do Poder Judiciário. É que a competência para formular e implementar políticas públicas, reside, em primeiro lugar, nos Poderes Legislativo e Executivo, porquanto democraticamente legitimados. Dessa forma, apesar de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já ter admitido a possibilidade de tal mister ser estendido ao Poder Judiciário, isso só deve ocorrer em situações excepcionais em que os órgãos estatais competentes transgredirem de forma grave e intolerável o plexo de direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial. Na espécie, a estrutura enxuta do órgão, além de, à primeira vista, condizer com o tamanho diminuto da municipalidade, parece mais decorrer das adversidades normais advindas da ausência de recursos financeiros suficientes para a estruturação em patamar de excelência dos serviços públicos, problema que o Poder Judiciário, diante da finitude orçamentária do ente, jamais conseguirá resolver; no máximo, irá substituir a análise de oportunidade e conveniência no tocante à ordem de prioridade da alocação orçamentária, o que iria de encontro ao princípio da separação dos poderes (ar t. 2º da CR). Administrar implica necessariamente fazer escolhas, lidar com a escassez do orçamento público e com os ônus e bônus da repercussão política da tomada de decisão. Assim, o intérprete, na qualidade de agente não eleito, cômico de que a parametricidade de seu julgamento, inexoravelmente, atrela-se às circunstâncias econômicas que limitam a ação dos agentes políticos, não pode sequestrar o orçamento e passar a geri-lo, sob pena de, arvorando-se em administrador positivo, a pretexto de proteger a segurança sanitária da população local, colocar em risco a prestação, em perspectiva universal, dos demais serviços públicos. Por não vislumbrar, no caso concreto, possibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo para determinar a destinação prioritária de recursos para o aperfeiçoamento do órgão de Vigilância Sanitária do Município de Orizânia/MG, o provimento do recurso do Município e a reforma da sentença de procedência são medidas que se impõem. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.018477-4/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 19ª

burocráticos, bem como às dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros.

Nesse sentido, a construção da separação dos poderes não pode significar um total e rígido fracionamento entre eles, devendo as funções serem compartilhadas por mais de um órgão de forma consensual e equilibrada, sob pena de inação (KRITSCH, 2011 apud LIMA, 2012, p.24-25).

Destarte, considerando que o princípio da separação dos poderes visa garantir o sistema de freios e contrapesos, e que a Constituição conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de julgar a legalidade dos atos dos demais poderes, controlando eventuais abusos de poder ou desvios inconstitucionais, a atuação do Poder Judiciário para que as políticas públicas que envolvam direitos sociais e garantias fundamentais sejam concretizadas não atenta contra o disposto no artigo 2º da Constituição <sup>86</sup>.

---

CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/08/2022, publicação da súmula em 01/09/2022),

<sup>86</sup> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1.O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo

Isso porque, ante a inércia ou desempenho deficiente do Poder competente, especialmente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde, a interferência do Poder Judiciário mostra-se como o instrumento hábil para o restabelecimento da integridade da ordem jurídica violada, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse íterim, há de se considerar, ainda, que, no que se refere ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, pode-se distinguir a corrente substancialista e procedimentalista. A primeira privilegia os princípios, tornando o juiz um agente das transformações sociais, atuando não só na verificação da constitucionalidade da lei formal, mas também na observação das questões materiais relativas às próprias políticas, diante da constatação da incapacidade das instâncias representativas de pautarem a sua atuação pela axiologia constitucional.

Segundo essa visão, a Constituição permite ao

---

regimental não provido. (RE 762242 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013)

magistrado uma atuação mais ampla na busca da implementação dos direitos fundamentais nela previstos, inclusive, quando necessário, assumindo um papel contramajoritário, em prol das minorias, além do mero cumprimento de procedimentos.

Já os procedimentalistas defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional, sustentando que ela deve adotar uma postura de autocontenção, uma vez que o juiz não é eleito por procedimentos democráticos, e, ao judicializar determinados assuntos, caberia por inovar na ordem jurídica ou mesmo vulnerar políticas públicas sem a legitimidade democrática exigida.

Isto posto, considerando que o mínimo existencial é indisponível também para o Poder Legislativo e para o Poder Executivo, e que a saúde, como direito fundamental, é passível de tutela jurídica imediata, mostra-se necessário eleger a corrente substancialista para a compreensão do papel do julgador nos dias atuais, na medida em que, sem a garantia de um padrão mínimo de efetivação dos direitos sociais de prestação, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade.

Assim, um juízo de ponderação é inevitável nesse

contexto repleto de complexas relações conflituosas entre o mínimo existencial e o limite orçamentário do Estado, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem a efetivação do direito à saúde dos cidadãos em face da Administração Pública.

Com efeito, em que pese se trate de conflito entre princípios de envergadura constitucional - saúde e orçamento público - deve-se considerar que estes possuem pesos diferentes, incumbindo ao julgador ponderá-los no caso concreto, tendo em vista suas particularidades, através da técnica idealizada por Robert Alexy, de modo a prevalecer o princípio que melhor tutelar a dignidade da pessoa humana.

Constata-se que a jurisprudência pátria vem considerando que não há urgência apta a justificar a intervenção do Poder Judiciário para determinar a imediata disponibilização do tratamento, por exemplo, nos casos de cirurgia eletiva, em prejuízo à gestão dos recursos públicos, impondo-se a observância da fila de espera e do regime de controle usual do SUS, quando não comprovada eventual irregularidade na ordem estabelecida por ele para a disponibilização do procedimento cirúrgico, bem como

quanto aos critérios utilizados na classificação da cirurgia<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO E O ESTADO. REJEIÇÃO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. DEMANDA POR TRATAMENTO MÉDICO ELETIVO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM DAS FILAS PÚBLICAS DE ESPERA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL E DA ISONOMIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. SEGURANÇA DENEGADA. Os entes federados possuem responsabilidade solidária na gestão da saúde como um todo, inclusive no fornecimento de medicamentos e insumos a pacientes necessitados e na realização de serviços de saúde em geral, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, sob o regime da repercussão geral. Portanto, considerando que o caso versa sobre tratamento médico, em razão da responsabilidade solidária, o particular pode optar por pleitear referida obrigação de qualquer um dos entes federados, ou de todos, não havendo que falar-se na necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com a União e o Estado. A saúde é direito fundamental que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim. A garantia constitucional de acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde pressupõe a distribuição dos recursos e a prestação dos serviços de forma equânime. A disponibilização de vagas para realização de cirurgia eletiva na rede pública de saúde ou de conveniados com o SUS, é realizada segundo critérios previamente estabelecidos, de acordo com cada caso concreto. Não obstante a constatação da necessidade de realização de procedimento médico, o fato de tratar de procedimento eletivo, sem qualquer indicação de urgência, obsta a concessão da segurança, sob pena de malferir o princípio da igualdade diante da não observância dos demais pacientes que estejam em situação assemelhada. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0414.19.000700-8/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt

Outro critério pacífico nos Tribunais para as hipóteses de judicialização da saúde foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual fixou-se a tese de que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: 1- 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; 2- incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3- existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)<sup>88</sup>.

Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/09/2020, publicação da súmula em 25/09/2020)

<sup>88</sup> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta

Deve-se apontar, também, a obrigatoriedade de inclusão da União no polo passivo das lides que visem ao fornecimento de fármaco que não possui registro na ANVISA, conforme entendimento adotado pelo Supremo

do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 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. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (REsp n. 1.657.156/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/4/2018, DJe de 4/5/2018).

Tribunal Federal, no julgamento da Tese nº 500 de repercussão geral, não obstante a solidariedade prevista no texto constitucional em matéria de saúde, como forma de fazer com que a União suporte os encargos financeiros decorrentes da decisão judicial, em observância às regras infraconstitucionais de repartição da competência do serviço de atendimento à saúde<sup>89</sup>, restringindo a possibilidade de

<sup>89</sup> Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a

escolha do jurisdicionado de contra qual ente federado deseja litigar<sup>90</sup>, por entender que a determinação à União, não citada, de ressarcimento ao ente que suportou o ônus financeiro importa em violação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, como qualquer outro direito fundamental, o direito à saúde também encontra limites nos direitos igualmente consagrados pela Constituição, de modo

---

inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020).

<sup>90</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 1657156/RJ.

que sua eficácia e efetividade, quando atende à realização da justiça em um plano concreto, não pode repercutir de forma negativa no âmbito da aplicação dos demais direitos sociais que interessam à sociedade, como é o caso do orçamento público.

Assim, embora indiscutível o direito à saúde, não há como impor ao Estado uma obrigação forçada de implementação de medidas para realização de consultas e cirurgias, bem como fornecimento de medicamentos, quando não são comprovadas pelo jurisdicionado algumas circunstâncias que justificam a sua não inserção na fila de espera do Sistema Único de Saúde, já que incumbe ao julgador, para inobservar a política pública adotada, justificar a sua decisão em eventual falha praticada pelo órgão administrativo competente, em homenagem aos parâmetros e limites definidos pela LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente as disposições contidas em seus artigos 20 a 24, que se referem à necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, e aos critérios a serem

observados quando do controle da atuação administrativa<sup>91</sup>.

Nesse contexto, salienta-se que a teoria do consequentialismo judicial, consagrada pelo já mencionado art. 20 da LINDB, também constitui importante limite à judicialização da saúde, ao dispor que as decisões judiciais devem considerar as suas repercussões na realidade para as quais são destinadas, que podem ir além do próprio escopo da lide, principalmente no que se refere às questões atinentes à saúde pública.

Um dos expoentes da doutrina do consequentialismo jurídico é Ronald Dworkin, que defende que os juízes só podem levar em consideração as consequências de suas decisões na medida em que guiados por princípios inseridos no direito como um todo, que os ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las (2010b, p. 148). Desse modo, considerando a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição, esta deve guiar a seleção e valoração das

<sup>91</sup> (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.052023-5/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/07/2022, publicação da súmula em 21/07/2022).

consequências no âmbito da judicialização da saúde.

Nesse passo, o que se verifica, novamente, é que considerações de consequências são reconduzidas a direitos e a princípios jurídicos em colisão, eis que a ponderação entre o impacto sobre o erário público e sobre a vida do jurisdicionado que uma decisão judicial que determine ou não uma prestação de saúde pode causar, em última medida, traduz-se em definir qual valor constitucional deve prevalecer no caso concreto: o orçamento público ou o mínimo existencial.

Por fim, não se pode negar que a judicialização, no ordenamento jurídico brasileiro, se apresenta, também, como um reflexo do neoconstitucionalismo<sup>92</sup>, iniciado no período posterior à Segunda Guerra Mundial, eis que o maior grau de liberdade em suas decisões, lastreadas em normas abertas e princípios gerais previstos na Constituição de 1988, possibilita atuar frente às demandas da sociedade, exercendo, assim, um papel mais ativo na efetivação das políticas públicas da proteção das minorias, quando o Poder Público não

<sup>92</sup> TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.12.127011-0/001, Relator(a): Des.(a) Elpídio Donizetti, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/04/2013, publicação da súmula em 10/04/2013)

desempenha sua função constitucional.

## CONCLUSÃO

Embora a noção de reserva do possível se refira ao que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade, no Brasil, ela se tornou uma teoria do financeiramente possível, ou reserva dos cofres públicos, por meio da qual refuta-se a intervenção judicial nas políticas públicas sob o fundamento de insuficiência de recursos públicos e de falta de previsão orçamentária da respectiva despesa.

Todavia, estando o direito à saúde compreendido na noção de mínimo existencial, a aplicação da noção de reserva do possível mostra-se vulnerável no âmbito da judicialização da saúde, já que se trata de um direito fundamental cuja eficácia é razoavelmente exigível do Estado.

Nesse sentido, apesar de a Constituição, em seu artigo 165 e seguintes, ordenar a previsão legal do orçamento público, através do plano plurianual, diretrizes orçamentárias

e orçamentos anuais, incumbe ao julgador, especialmente no que tange aos direitos sociais que reclamam prestações positivas do Estado, em um contexto de neoconstitucionalismo, realizar uma análise consequentialista, a fim, de por meio da técnica da ponderação, verificar a compatibilidade das regras de direito financeiro, reserva do possível e do mínimo existencial, tendo como norte a prevalência da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, sob um viés substancialista, há a necessidade de se preservar um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais, papel que é exercido, nos dias atuais, pelo Poder Judiciário, em consonância com o princípio da separação dos poderes, eis que o sistema de freios e contrapesos prevê o compartilhamento de funções entre os poderes, principalmente ante a inércia ou desempenho deficiente do Poder competente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde.

Ante o exposto, visando uma ponderação cada vez mais adequada entre os direitos fundamentais e o limite orçamentário do Estado pelo Poder Judiciário, defende-se a

necessidade de maior interlocução entre os três Poderes, em prol da efetividade das políticas públicas, por meio da cooperação e da colaboração interinstitucional, através de trabalhos das Escolas dos Três Poderes da República, em observância à Lei Geral de Proteção de Dados e à autodeterminação informativa.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 12 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) Acesso em: 12 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm) Acesso em: 12 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm) Acesso em 12 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0000.22.018477-4/001. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE ORIZÂNIA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. PRETENSÃO DE REESTRUTURAR A POLÍTICA PÚBLICA LOCAL. ATIVIDADE EM FUNCIONAMENTO. SITUAÇÃO AQUÉM DA IDEAL. IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS

PODERES. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA

REFORMADA. Apelante: Município de Orizânia. Apelado:

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator:

Des.(a) Bitencourt Marcondes, 25 de agosto de 2022.

Disponível em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumero](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

[CNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

[3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri\\_node2?num](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

[eroRegistro=1&totalLinhas=1&li](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

[nhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

[4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.018477-4%2F001&xpesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0414.19.000700-8/001. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO E O ESTADO. REJEIÇÃO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. DEMANDA POR TRATAMENTO MÉDICO ELETIVO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM DAS FILAS PÚBLICAS DE ESPERA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL E DA ISONOMIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

SEGURANÇA DENEGADA. Apelante: Município de Medina. Apelado: Zenilca Batisa dos Santos. Relator: Des.(a) Bitencourt Marcondes, 17 de setembro de 2020. Disponível

em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0414.19.000700-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0414.19.000700-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 19ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.138303-7/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO - REQUISITOS FIXADOS PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL Nº 1657156/RJ - PREENCHIMENTO - EXISTÊNCIA DO DIREITO PRETENDIDO - DEVER DE DISPONIBILIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO. Agravante: Edson Carlos Honório. Agravado: Município de Itajubá e Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Leite Praça, 25 de agosto de 2022. Disponível em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.138303-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.138303-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.052023-5/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO À SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO PELO SUS - PIRFENIDONA - CONITEC - MANIFESTAÇÃO PELA NÃO INCORPORAÇÃO NO SUS - ÓRGÃO COMPETENTE - FINANCIAMENTO DE TODA E QUALQUER PRESTAÇÃO DE SAÚDE - IMPOSSIBILIDADE - FORNECIMENTO INDEVIDO. Agravante: Marcilene Maria Braga. Agravado: Município de Patos de Minas e Estado de Minas Gerais. Relator: Des (a). Áurea Brasil, 21 de julho de 2022.

Disponível

em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.21.052023-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.21.052023-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.127011-0/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA - VEDAÇÃO - REGRAS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PONDERAÇÃO DE VALORES - JUÍZO DE RAZOABILIDADE - OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL - POSICIONAMENTO GARANTISTA - NEOCONSTITUCIONALISMO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - POSSIBILIDADES EXCEPCIONAIS - REQUISITOS - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Adelaine Lozinda Gomes Pereira Boscatti. Relator: Des (a). Elpídio Donizetti, 04 de abril de 2013.

Disponível

em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.127011-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3442EB50D79AE5FF4F764412971C728B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.127011-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

nhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.127011-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 25 de abril de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mmediado/?componente=ITA&sequencia=1641175&num\\_registro=201700256297&data=20180504&formato=PD](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mmediado/?componente=ITA&sequencia=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PD)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 762242. Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Severina Belarmina de Melo de Oliveira. Relator: Dias Toffoli, 19 de novembro de 2013. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5042897>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 855178. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível

em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 657718. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo morairrazoável na apreciação do pedido de registro. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344900727&text=.pdf>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. Judicialização das Políticas Públicas de Assistência à Saúde: Procedimentalismo *Versus* Substancialismo. **Revista de Direito**, vol. XII, nº 16, p. 73-91, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos : (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

KRITSCH, Raquel. **Elementos da política e da teoria do estado em de o espírito das leis de Montesquieu**. Revista Espaço Acadêmico, n. 117, p. 23-31, fev. 2011.

MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhães ; TOSTES, Eduardo Chow de Martinos. Proteção dos dados pessoais no Brasil: a necessidade de especialização dos órgãos independentes de defesa do consumidor para uma atuação eficiente. **Revista de direito do consumidor**, v. 134/2021, p. 137-173, 2021.

ORDACGY, F. F. P. B. ; ABREU, C. B. . Medicamento fora da listagem do sistema único de saúde: análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores. In: ABREU, Célia Barbosa; et. al.. (Org.). **Novos Temas de Direitos Humanos Fundamentais** - Volume II. 1ed. Curitiba: Editora Clássica, 2022, v. 2, p. 39-57.

## INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E JUSTIÇA BASES ONTOLÓGICAS DO SER EM REDE

**Reinaldo Fernandes Retto**

Pesquisador da Nova Sociedade em Rede, ambiência e tecnologia IP e processos de aplicação de ML, IoT, IA e Metaverso

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal Fluminense

Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF

Advogado especialista em Regulação e Agências Reguladoras, consultor jurídico do mercado de Telecomunicações e Internet.

**Resumo:** O frenético desenvolvimento tecnológico alcançado nos últimos 30 (trinta) anos, com impacto direto na forma de comunicação humana, a ampliação do acesso à informação aos mais longínquos rincões da humanidade, o desenvolvimento exponencial das TICs – Tecnologias da Informação e comunicação, principalmente dos dispositivos de rádio frequência em literal disrupção da antiga prosa antológica sobre a impossibilidade técnica de expansão da antiga telefonia, vez que ausente de tecnologia estruturante e afastada de investimentos de um Estado arcaico e carcomido politicamente, agora móvel, digitalmente convergente e universal e a transformação definitiva do meio físico utilizado para tal desenvolvimento em curtíssimo tempo, promoveram e tem diariamente promovido, profundas e irreversíveis alterações

comportamentais em toda essa nova era da “sociedade em rede”, a era da informação. Tamanha alteração sensorial afetou da mesma forma, o somatório dos efeitos de todos e quaisquer fatos atrelados aos processos de informação assim como aqueles afetos a realidade, enquanto origem da verdade, pós graduada agora numa nova argumentação conceitual, passando a independe de qualquer ligação com a realidade ou mesmo eficácia de seu conhecimento. O imaginário, antes subalterno analógico do real, viu-se tomado por nova densidade, nunca antes possível, mas agora consistentemente perturbadora diante da mudança daquele meio físico “mal-assombrado” pela inépcia e ineficácia de ausência tecnológica. O Ser, antes oprimido pela falta de acesso à informação, vê-se inserido numa nova realidade, um avatar de si mesmo, que lhe oferta benefícios de artificialidade cognitiva implantada, reiterando uma nova e neológica “sofrença” opressora, agora metamorfoseada por um incontrolável excesso informativo, acompanhado por inseparável, necessária e imperativa confirmação entre o fato real e o fato informado, fazendo surgir um novo panorama conceitual de interligação simultânea do Ser ao seu entorno, fundido pela tecnologia, expandido em um novo “Metaverso” espaço temporal assim como todas as estruturas sociais do Estado e do Poder. Entretanto, essa nova consciência estrutural “biônica” permitirá a ampliação e a difusão do conhecimento ou em sentido contrário, alicerçará mais ainda as distancias entre as partes constituidoras dessa nova sociedade em rede e remoção de tutelas

relativas à própria organização social? Estará o Ser destinado a esse novo paradigma evolutivo ou caminhará para extremo isolamento que o distanciará cada vez mais da própria sobrevivência como espécie? Este trabalho tece uma breve análise quanto às consequências e dinâmicas envolvidas no tratamento e condução da informação nessa nova estrutura, lançando olhar sobre provável evolução dessa mistura do homem à máquina, bem como de encurta análise quanto à manipulação do acesso e condução da informação como forma de manipulação da consciência humana, buscando alinhar entendimento que permita a construção de uma nova forma de socialização e do pensar o direito, vez que esse novo Ser, dissociado o homem de suas imaterialidades, nessa nova ambiência, mantenha a linha da justiça esticada em forte união e concretude.

**Palavras-Chave:** Inteligência Artificial ou Aprendizado de Máquina – Tecnologias da Informação e Comunicação – Sociedade em Rede – Internet, Redes Neurais e Metaverso –Ativismo e abstração da Justiça.

**Abstract:** The frenetic technological development achieved in the last 30 (thirty) years, with a direct impact on the form of human communication, the expansion of access to information to the most distant corners of humanity, the exponential development of ICTs - Information and Communication Technologies, mainly of radio frequency devices in literal disruption of the old anthological prose

about the technical impossibility of expanding the old telephony, since it is absent from structuring technology and away from investments of an archaic and politically decayed state, now mobile, digitally convergent and universal and the transformation definition of the physical environment used for such development in a very short time, have promoted and have promoted, daily, profound and irreversible behavioral changes throughout this new era of the “network society”, the information age. Such a sensorial alteration affected, in the same way, the totality of the effects of all facts linked to the information processes as well as those affecting reality, as the origin of truth, now post graduated in a new conceptual argument, starting to be independent of any connection with the reality or even effectiveness of their knowledge. The imaginary, previously a subaltern analog of the real, found itself taken over by a new density, never possible, but now consistently disturbing in the face of the change in that physical environment “haunted” by the ineptitude and ineffectiveness of technological absence. The Being, previously oppressed by the lack of access to information, finds itself inserted in a new reality, an avatar of itself, which offers benefits of implanted cognitive artificiality, reiterating a new and oppressive neological “suffering”, now metamorphosed by an uncontrollable information excess, accompanied by inseparable, necessary and imperative confirmation between the real fact and the informed fact, giving rise to a new conceptual panorama of simultaneous interconnection of the Being

to its surroundings, fused by technology, expanded in a new "Metaverse" temporal space as well as the totality of the social structures of the State and Power. However, will this new “bionic” structural consciousness allow the expansion and diffusion of knowledge or, in the opposite direction, will it further strengthen the distances between the constituent parts of this new network society and the removal of guardianship related to the social organization itself? Is the Being destined for this new evolutionary paradigm or will he walk towards extreme isolation that will distance him more and more from his own survival as a species? This work weaves a brief analysis of the consequences and dynamics involved in the treatment and conduction of information in this new structure, taking a look at the probable evolution of this mixture of man and machine, as well as a short analysis regarding the manipulation of access and conduction of information as a way of manipulation of the human conscience, seeking to align an understanding that allows the construction of a new form of socialization and of thinking about the law, since this new Being, dissociated man from his immaterialities, in this new environment, keeps the line of justice stretched in strong union and concreteness.

**Keywords:** Artificial Intelligence or Machine Learning – Information and Communication Technologies – Network Society — Neural Networks and Internet – Justice activism and abstraction.

## 1. Introdução:

Tudo é novo nessa nova sociedade da informação e o novo, este acima de tudo, gera desconfiança, assusta, confunde e engana, principalmente quando o novo interfere na totalidade dos sentidos e se insere na racionalização de praticamente todos os basais sentidos humanos.

Certamente alinhado com a ciência, o tato, primeiro relacionamento do feto no útero, impõe significativo protagonismo em nossas vidas, modificando por interações, tanto o comportamento, como amálgama de nosso relacionamento com o mundo interferente como a forma com que estabelecemos relacionamento com o universo circundante.

O tangível se torna racional pela simples analogia à própria vida e mesmo diante desse protagonismo basal do tato, no continuar evolutivo da existência, os outros sentidos vão se assenhorando e estabelecendo o caminho do humano diante de seu mundo.

O surgimento de uma tecnologia tão interferente sobre os sentidos e capacidades humanas trouxe, ao longo das últimas décadas, acelerada ruptura do formato com que o homem promovia seu relacionamento com o mundo.

A Teoria Comunicativa de Habermas, sob a óptica dos efeitos na sociedade em rede, como análise epistêmica e teórica dessa nova racionalidade impõe cuidadosa análise quanto aos efeitos produzidos

no sistema operante da sociedade, figurando como Marco Teórico essencial ao presente trabalho de pesquisa.

Habermas argumenta que somente através e por meio de uma ação comunicativa, torna-se possível a transformação de todos os aspectos objetivos, subjetivos e sociais do mundo e a cada dia, a evolução tecnológica das comunicações humanas tem referido razão inconteste.

A nova e pujante ferramentaria da informação desenvolvida principalmente nas três recentes décadas promoveu severa quebra de um sem-número de paradigmas antes consolidados por séculos de pesquisas, acertos e erros desenvolvidos pela humanidade

Tal ruptura adveio principalmente em face e diante da evolução tecnológica resultante das duas absolutas catástrofes que foram as duas grandes guerras mundiais, desastres interferentes que acabaram por impor à humanidade, um caminho em direção cada vez mais acentuada, para, além de uma não necessária utilização natural dos seus sentidos, a imposição artificial de sua capacidade, vez que poderiam ser absolutamente ampliados diante da exportação do Ser comum como uma entidade formada por aquilo que se pretende ser e não daquilo que se é pela inserção tecnológica como veremos adiante.

O desenvolvimento absurdo das Telecomunicações dentro do cenário das guerras e em consequência delas, foi incontestável e assombrosamente didático para a raça humana.

Nunca, até então, ao longo da história do homem no planeta, o

avanço tecnológico foi percebido em tão pouco tempo, par-a-par o desenvolvimento de aplicações da física e da matemática, a ponto de em curtíssimo tempo, serem rompidos os grilhões relativos à ausência de infraestruturas voltadas para a transmissão/recepção da informação.

O desenvolvimento da Comunicação e o surgimento da rede Internet romperam todos os entraves ideológicos e físicos relativos à informação e todas as barreiras de acesso e tempo necessário ao conhecimento e informação, tidas como intransponíveis e insuperáveis até então, passaram a ser rompidas em centésimos de segundo e as distâncias simplesmente volatizaram diante da tecnologia.

O tempo deixou de ser referencial passando a ser apenas e tão somente um mero coadjuvante dessa nova “realidade virtual”.

Essa mudança sensorial em virtude de uma nova existência em rede, promoveu e tem reiteradamente promovido, uma plena e complexa adulteração da antiga realidade, antes analógica ao entorno do homem, de suas expectativas na vida diante de algo tangível, onde a lógica da razão prendia-se única e exclusivamente no seu relacionamento em sociedade, e esta, em seu relacionamento com o mundo, relacionamento esse, pautado em paradigmas construídos ao longo de séculos de convivência e aprendizado em comum.

A sociedade passou a vivenciar uma nova “pós-realidade” onde a própria materialidade existencial foi expandida e explodida num

novo “universo do faz de contas” artificialmente criado e humanamente absorvido pela tecnologia.

Em menos de 10 (dez) anos, a grande rede, como é conhecida a Internet, promoveu o surgimento, em desdobramento ao alcance de seu acesso, de redes sociais digitais, integralmente interligadas à novas faces da realidade, que aboliram definitivamente todos os intervalos espaço temporais de coexistência e comunicação humana, integrando o Ser numa nova ambiência nunca antes possível sequer de ser imaginada pela ficção, onde a antiga materialidade foi sublimada por algoritmos<sup>93</sup> matemáticos e condensada em plataformas digitais componentes de uma nova infraestrutura, agora online, baseada unicamente por sistemas de linguagens matemáticas (softwares) substitutas da totalidade das interações e transações entre seus componentes.

Esse novo Ser em rede não mais objetiva ou depende da materialização de seus anseios, medos ou mesmo quaisquer realizações, pois agora, tece apenas e tão somente um relacionamento com suas pretensões relativizadas ao seu círculo (micro/macro) social em rede, como se o resto da humanidade não mais representasse qualquer importância interferente, se ausente ou afastada à essa nova realidade, ademais, sua conexão com o seu antigo entorno agora se dá

<sup>93</sup> Algoritmos são procedimentos precisos, não ambíguos, padronizados, eficientes e corretos – Disponível em <https://bit.ly/3L3FXwB> - Acesso em 10/08/2022

pelos interfaces existentes nos aplicativos de comunicação, ficando seus sentidos absolutamente dependentes dessa “conexão à realidade em rede” e nada mais além disso.

## 2. Novas ferramentas do poder:

Esse absurdo excesso de informação que tem se imposto à sociedade humana ocidental, (até onde se estende este trabalho, diante da ausência e ou precariedade de informações relativas à sociedade oriental, como um todo) independente de raça, cor, classe social ou lugar no planeta, acabou por criar novo tipo de relações entre os homens dentro e fora de na mesma forma, entre estes e o seu meio organizacional, antes fundamentado por antigas “analogias” que não mais são possíveis diante da fluidez dessa nova realidade, que transformou todas as abstrações idealizadas pela sociedade numa nova concretude do Ser, que diante desse novo, assume novo protagonismo “em rede”, onde as antigas eficácias morais, singelas à concretude do Direito, não mais se justificam.

Assim, todo o conjunto normativo de valores definidores da sociedade passaram a uma não abrangência se distantes dessa nova realidade física da informação.

O próprio Poder do Estado se viu submetido a essa nova dinâmica de relacionamentos, sendo o direito, fato relevante, foi lançado em efeitos, à uma nova institucionalização “manipulável” nessa nova modalidade social em rede.

Antes, formado por um conjunto de “dados” acoplados à um determinado código, destituído de seus princípios formadores, passou a ser aniquilado diante de uma não mais necessária ambivalência normativa, mas sim a interpretações e argumentações que, diante desse novo meio físico, passaram a impor uma perturbadora insegurança jurídica diante dessa fusão tecnológicas das esferas pública e privada, levando à novas sínteses os arrazoados formadores dos princípios sociais formadores do democratismo.

*“...Por toda a parte, o que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada. Foi a emergência de novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário em meados do século passado, que deu fim à rigorosa separação entre o Estado e a sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade, negativa.”*  
A judicialização da política e das relações sociais no Brasil – VIANNA, Luiz Werneck, pg. 15

Tampouco se tornam imperativas à nova realidade da Justiça, imersa por vezes numa reconstrução ideológica dos fatos e obliteração da verdade fática, que afinal, choca a abstração daquele “estado ideal de interação social” com um novo equilíbrio, absolutamente afastado de quaisquer razoabilidades ou imparcialidades dos interesses dos

atores desse novo agrupamento social em rede, vez que a natureza humana conduz indelevelmente à uma busca incessante por conhecimento e paridade sociais, onde o horizonte sempre é infinitamente perto de uma realidade de busca pela felicidade independente e perpétua.

Muitas vezes a reação à determinada ação e ou omissão do judiciário encontra forte reação perante a comunidade concernida, o conhecido termo “backlash”, e mesmo esse poder reacionário da parcela concernida, diante de atos “moralmente” contrários ao benefício entendido como comum pode ser simplesmente amplificado ou emudecido diante dessa nova realidade em rede.

*“...Infere-se que o vocábulo backlash tem sido empregado para designar reações contra leis, medidas de governo, decisões do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Cortes de Direitos Humanos e até de Tribunais administrativos. Coloquialmente, é possível até mesmo reconhecer a possibilidade de um backlash em face de decisões particulares, desde que o particular faça as vezes do Poder Público, a exemplo da majoração da tarifa dos transportes públicos, em R\$ 0,20 (vinte centavos), no Brasil, durante o ano de 2013, que fez eclodir as chamadas Manifestações de Junho.”*  
FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. 2018. – p 28

A nova face dessa sociedade em rede tem demonstrado que o

conhecimento e o seu acesso fugiu de qualquer tutela antes imposta, independente de qualquer ideologia que intente se assenhorar desse novo caminho de destinos denominado conhecimento em rede.

Essa fuga de uma antiga materialidade inconsequente tem conduzido a informação como nova liderança “política” muito mais premente que aquela antiga ideológica, trazendo novas virtudes e mazelas que afastam qualquer possibilidade de o Estado assumir qualquer tipo de controle que não pela força, dessa nova realidade do Ser.

*“...Sobre o problema da ideologia em sentido amplo, pós giro linguístico e hermenêutico, a recongnição da linguagem como “condição de possibilidade” importa que, ao buscar entender o que é determinada coisa, o sujeito persegue “um ser que já é linguagem e que pode, então, ser entendido”. Ou seja, sujeito e objeto estão inseridos na dimensão linguística – a linguagem se articula pela tradição –, inexistindo metaponto observacional em que o sujeito cognoscente esteja posicionado, livre de pré-juízos (“uma espécie de grau zero de sentido”). De maneira oposta, reconhecendo-se a importância dos pré-juízos para enraizar toda atividade de conhecimento em uma tradição. Mesmo porque somente “através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos”. Mateus Costa Pereira - Da Teoria “Geral” à Teoria “Unitária” do Processo (bases): um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; uma*

resposta a Fredie Didier Jr.

*“...Decerto que nossa compreensão também é ideologicamente orientada. Sucede que não insistimos no paradigma da modernidade, largamente criticado em virtude da pressuposição da dualidade ao conhecimento (sujeito-objeto), mutilando-se o sujeito (artificialmente situado em um metaponto de observação e tratado como se fosse um homo sapiens sapiens, isto é, estritamente racional), tanto quanto do objeto (retirado da tradição para ser encarado como entidade abstrata, cuja tomada de consciência se daria pela revelação). Mateus Costa Pereira - Da Teoria “Geral” à Teoria “Unitária” do Processo (bases): um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; uma resposta a Fredie Didier Jr. – Pg. 222.*

A expansão da imaterialidade do Ser diante dessa nova perspectiva de realidade, da possibilidade agora real da criação de novas “imagos” de uma nova racionalidade da sua própria identidade, modificada segundo novos anseios e necessidades, passou a reconfigurar toda a normativa relacionada à vida em sociedade, onde o “sujeito-objeto” não mais segue preceitos antigos de subordinação à tradição da própria vida, vez que, diante de um avatar de si mesmo, idealiza da mesma forma, nova percepção de sua importância na sociedade.

Da mesma forma, o direito passa também a sofrer o efeitos dessa ruptura estrutural, sendo relido e reiteradamente modificado em

sua interpretação, à luz e consoante novo modal argumentativo que surge diante dessa nova dinâmica de existência em rede.

Aos antigos operadores do mesmo direito, que ainda permeiam como interface essa nova dinâmica social, resta enorme dúvida quanto à manutenção das garantias institucionais e mesmo constitucionais, formadoras à época da praxis do códex e da elocubração da Teoria Geral do Processo, não menos importante, vez que ultrapassada pela nova dinâmica argumentativa de uma interpretação que sequer aproxima o Ser dessa nova forma digitalizada, onde a biologia se apercebe dessa forma algorítmica de vida.

*“...concebemos o processo como autêntica garantia fundamental do cidadão, limitadora do poder (garantia contrajurisdicional), não lhe atribuindo a condição servil de instrumento, seja “técnico” (processualismo científico), seja “político” (instrumentalidade ou fase teleológica) ou mesmo “ético” (cooperação/formalismo-valorativo) – a despeito das roupagens diversas, essas correntes persistem na visão apequenada do processo gestada no seio do processualismo científico (instrumentalismo), incompatível à ordem jurídica brasileira. Mateus Costa Pereira - Da Teoria “Geral” à Teoria “Unitária” do Processo (bases): um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; uma resposta a Fredie Didier Jr. - Pg. 223.*

Este trabalho tece observações relativas à essas novas interações

em sociedade, resultantes desse novo modal informativo que nessa parte se debruça sobre as origens da rede Internet e sua inserção na sociedade e em especial, no modelo de justiça e seus efeitos no direito e sua aplicação diante desse novo Ser em rede, bem como dos possíveis obstáculos que precarizam a vida humana dentro dessa imaterialidade, e o lugar comum do sentido de justiça que se avizinha diante dessa realidade existencial do direito.

Alicerçada por questões de sobrevivência humana diante da iminência de uma nova guerra de proporções mundiais, porém definitiva quanto à extinção da raça humana, a rede internet passou a constituir-se, em menos de 30 (trinta) anos, na mais intromissiva tecnologia já desenvolvida pelo homem.

Frutos dessa frondosa nova árvore da informação, as redes sociais criam bolhas de uma realidade inexistente fora daquele Metaverso pré concebido, onde as relações parecem não mais dar-se entre humanos e sim entre imaginários avatares de uma realidade absolutamente afastada de qualquer analogia a si mesma.

Nessas bolhas, a Lei e seu cumprimento ou tutela, antes mero resultado do poder, ganham nova dimensão e eficácia, contemplando risonhamente apenas e tão somente à realidade intrínseca a si mesma, ou seja, nova ferramentaria de mudança estrutural tomou conta de todos os processos evolutivos tão bem descritos nas eras do

“fordismo<sup>94</sup>” e “taylorismo<sup>95</sup>”, agora substituídos de forma semi-absoluta pela informação, trazendo outra dimensão ao exercício civilizatório da totalidade dos bens de produção.

O que é certo vira errado e vice-versa, ou não, a depender do atingimento de interesses afetos à um poder que agora manipula a realidade dentro de semântica própria e afastada completamente da realidade humana. Basta focar sobre as disfunções que tem assolado a sociedade, onde minorias passam a constituir-se em sobrepeso a qualquer realidade existente, afetando não somente a organização da sociedade como embutindo um “não sei o que” de afastamento da justiça e da organização social.

O antigo regramento da Lei, entendida essa como um dado a ser considerado, sofreu ao longo das últimas décadas, absoluta interferência desse novo relacionamento do homem com a tecnologia e desses, com o regramento social mantenedor do ordenamento social e desenvolvimento da raça humana como um grande organismo vivo e pulsante, independente de antigas forças ideológicas, que muitas vezes ao longo da história, prevaleceram da ignorância originada pela falta de acesso à informação, que diante dessa nova realidade de

<sup>94</sup> Sistema de produção em massa e gestão, idealizados em 1913 por Henry Ford, fundador da Ford Motor Company, em Highland Park – EUA - descrito na obra "Minha filosofia e indústria".

<sup>95</sup> Modelo de administração desenvolvido por Frederick Taylor, considerado o pai da administração científica e um dos primeiros sistematizadores da disciplina científica da administração de empresas.

interação comportamental, da mesma forma, evoluiu interpretando e adaptando-se à nova realidade informativa.

*“...A afirmação de que a fase atual do desenvolvimento do processo deve permanecer designada como Formalismo-Valorativo<sup>96</sup> traz em si inequívoca conotação ideológica. Não temos receio algum em admitir isso. É que o homem, na feliz observação de José Ortega y Gasset, traz sempre consigo, quando se posiciona frente aos problemas com que se depara, a marca das suas circunstâncias. Eu sou eu e minhas circunstâncias, expressou o filósofo, para concluir, em tradução livre, que não haverá salvação para o homem se ele não agir conforme as suas circunstâncias”* Formalismo-Valorativo e o novo Processo Civil - Claudio Madureira e Hermes Zaneti Jr. – Revista dos Tribunais Online - Revista de Processo | vol. 272/2017 | p. 85 - 125 | Out / 2017.

Todas as carências humanas consequentemente havidas no pós Segunda Guerra Mundial, acabaram por promover uma nova sintaxe humana com a realidade e dessa, com a maioria dos regramentos auto impostos para a vida em sociedade, base do direito, trazendo a necessidade de um imediatismo de respostas que por sua vez imprimiu ao campo tecnológico excessiva dinâmica por resultados, que acabaram por evoluir o Ser informativo muito mais que o Ser participativo, e assim também o arcabouço do ordenamento jurídico,

<sup>96</sup> Termo cunhado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

que diante da nova necessidade de acompanhamento das mudanças tecnológicas impostas, viu-se aprisionado à uma nova realidade que não permitia mais que apenas e tão somente ativesse-se ao campo interpretativo, mas sim e acompanhando as novas dinâmicas da informação em dupla via, passasse da interpretação à argumentação da própria realidade.

O surgimento da rede Internet jogou gasolina nessa fogueira comunicativa, promovendo verdadeira explosão conceitual de acesso imediato ao fato, como se de repente a onipresença e onisciência passasse a ser o cotidiano do mais humilde dos humanos capazes de olhar para a telinha de seu aparelho móvel celular.

Essa convergência digital da realidade jogou por terra todas as cadeias de poder existentes, transformando o poder em apenas mais um objeto de consumo informativo e a realidade em algo sobre o qual poder-se-ia tecer quaisquer realidades a depender doo circulo envolvido com seu(s) resultado(s).

O ordenamento jurídico assim embalado, passou a ser apenas um mero expectador dessas novas dinâmicas, vez que diante desse novo controle espaço temporal, as dimensões hierárquicas das normas do direito do Estado, antes dotadas do pragmatismo de unidade, coerência e completude perderam eficácia, passando a exercer alguma significância, apenas e tão somente nos panoramas ainda estabelecidos sob a égide da analogia, vendo a realidade assim expandida, ser afeta somente à parcela da sociedade humana ainda incapaz de prover (e

ser provida) por essa nova realidade da informação.

O direito e seu complexo estudo, da mesma forma, foi afetado pela nova e não menos complexa dinâmica de novos paradigmas da informação, que passaram a impor sequenciados descontroles e desarranjos à norma e uma completa perplexidade da razão diante desse novo Ser em rede.

Todas as grandes cadeias informativas analógicas foram passadas de um pulo ao literal ostracismo, de uma não necessidade quanto à informação, sendo substituída pela nova dinâmica do conhecimento, que sublimou o papel e a opinião centralizada diante da transmissão do fato, por mais longínquo que fosse, “*just-in-time*” à sua ocorrência.

Entretanto, surge o inexorável questionamento, se toda essa mudança do meio físico de acesso à informação, maior alcance e amplitude, maior eficácia e eficiência e absurdamente maior intensidade de inúmeros e simultâneos conhecimentos poderão levar o homem à inexorável futuro em direção à felicidade e harmonia social ou representam apenas uma delicada nova ordem de relacionamento com o poder – nova ferramentaria de controle e tutela, escravidão travestida de evolução?

### **3. O metamórfico Ser em Rede Neural - Manipulações:**

Diante do todo acima exposto, e na análise de possíveis respostas ao questionamento de eficácia e eficiência evolutivos, fruto

da nova dinâmica comportamental, se torna óbvia a procura por uma relação definitiva do homem em toda a sua estrutura analógica, com a nova ambiência criada em face da tecnologia, bem como a certeza de que essa relação tende a ser ampliada a cada dia.

Para tanto, basta considerarmos a quantidade de pessoas existentes no ocidente e o número relativo de unidades de aparelhos smartphones em serviço, onde já é possível constatar a existência de pelo menos 1 (um) aparelho smartphone conectado à internet por habitante no ocidente, ficando de fora dessa conta menos de 18% da população mundial.

Todos os mecanismos que promoveram essa profunda alteração na forma de comunicação humana também são interferentes nas bases peculiaridades da sociedade e principalmente, na estrutura e forma de gestão do Estado.

Torna-se claro o entendimento de que todas as antigas forças modeladoras da sociedade também se encontram em frenética mudança/adaptação para conter um mínimo de distância que permita a manutenção do controle e gestão sociais.

O antigo estado analógico, formado por tutelas de controle e instrumentalização do acesso à informação e comunicação mudou, e se não mudou está mudando a passos de corrida olímpica pois a cada dia torna-se mais evidente a perda do antigo controle sobre a forma e opinião da sociedade, que agora dispõe “*just-in-time*” ao fato, seu conhecimento e até o como e o quanto esse mesmo conhecimento

pode ser ou não interferente.

Essa metamorfose do Ser analógico, apenso à antigas tutelas da realidade é literal, irreversível e avassaladoramente cruel com a antiga forma de exercício do poder, tanto que reaccionariamente, o antigo establishment, procura destituir a todo custo e em todo o mundo, o controle das Big Techs como forma de reaver o exercício das antigas dinâmicas do poder.

Agora, CEO das grandes corporações comunicativas, detentoras das TICs é que dominam o aparato do Estado. O controle do chip dominou o controle da bomba e o terror agora, diante dessa nova crisálida humana, é o “cancelamento” informativo, pior que a própria morte pois o ambiente social mudou sem nenhuma transição ou evolução, apenas mudou.

As novas dinâmicas da realidade contemplam a nova sociedade da informação, não mais através de movimentos editoriais dos grandes conglomerados de notícias, cedidos ao exercício do poder do Estado, mas através de simples (e aos milhões) lentes fotográficas em rede, de milhões de smartphones interconectados ao redor do mundo, numa “pós-verdade”, afastada de qualquer ciência e assinadas por outros milhões de autores num tempo/espaço insignificante.

Manipular e instrumentalizar a informação a serviço de interesses nunca foi nenhuma novidade entre nações. O diferencial agora é que a coisa relativa ao fato se torna pública e publicizada em curtíssimo espaço de tempo, sequer consideradas condições

geofísicas, pois a rede a tudo toca, a tal ponto, que recentemente o Brasil (e boa parte do mundo) teve a oportunidade de saber que girafas e elefantes<sup>97</sup> fugiam dos incêndios ocorridos, de uma selva amazônica pertencente à França e ao sabor inconsequente de “colheitas malignas de soja” em plena selva, simplesmente pela fantástica tutela de uma lente pertencente à uma ignóbil forma de exercício de manipulação política da informação, a serviço do capital, duramente afetado por essa “mudança de mãos de controle”, a ponto de permear a realidade por outras que mesmo diante do fato, o “esconde” diante do domínio do meio físico e da realidade.

Contextualizando em exemplo a tempo, nessa “atualizada” versão da verdade em proveito do poder, pouco tempo após os terríveis e insanos “incêndios da Amazônia e das girafas<sup>98</sup> da selva amazônica”, a triste realidade que infelizmente da mesma forma e com a mesma intensidade são ignorados, conduzem a manipulação da informação para o bloqueio informativo dos incontestáveis e da mesma forma trágicos incêndios que agora (como ciclicamente ocorrem no território da França<sup>99</sup>, de Portugal, da Espanha e da Alemanha<sup>100</sup>, numa onda catastrófica de seguidos e reiterados incêndios por toda a Europa<sup>101</sup>, como é normal nessa época do ano,

<sup>97</sup> Disponível em <http://glo.bo/3RBtqZ> Acesso 15/08/2022

<sup>98</sup> Disponível em <http://glo.bo/3RBtqZ> Acesso em 11/08/2022.

<sup>99</sup> Disponível em <http://glo.bo/3BjRfZw> Acesso em 11/08/2022.

<sup>100</sup> Disponível em <http://glo.bo/3DiTNtd> Acesso em 04/08/2022.

<sup>101</sup> Disponível em <https://bit.ly/3eN36Yn> Acesso em 15/08/2022.

mas, que assim manipulados via “grande mídia”, passam despercebidos do martelar diário via mídia internacional e inconsequentemente via mídia nacional, pois a tônica agora é outra.

Não houve, até porque não poderia haver nenhuma consistência numa interferência de qualquer governo ou ensaísta de poder utilizar a grave situação agora em andamento na Europa para “requerer” intervenção paritária àquela exercida há menos de 2 anos ao definir o território europeu como “bem comum da humanidade<sup>102</sup>” em reação ao descontrole dos incêndios verificados naquela região do planeta.

O contexto foi aqui utilizado para demonstrar mais uma vez a capacidade da nova sociedade em rede de verificar o flagelo autoimposto à eventual condução política da realidade, como a ocorrida na reunião do G7 em 2019.<sup>103</sup>

A manipulação da informação de um fato sob viés, seja sob quaisquer fundamentos, gera nessa nova sociedade em rede, um misto de descrença e desconfiança, não necessariamente nessa ordem de posições, vez que a realidade, aquela que de fato corresponde ao tempo e ação, pode ser confrontada “just-in-time”, fazendo cair por terra o viés introdutório, que entretanto, promove cicatriz impossível de ser relegada ou desfeita.

A era da “pós-verdade” tão bem ilustrada na obra de Matthew

<sup>102</sup> Disponível em <http://glo.bo/3RIMCim> Acesso em 10/08/2022.

<sup>103</sup> Disponível em <http://glo.bo/3RIMCim> Acesso em 10/08/2022.

D’Ancona, percebe um dano muito maior no Ser em rede, onde aquele autor cita “... *A indignação dá lugar à indiferença e, por fim, à convivência*”, ...*“Massacrado por informações inverossímeis e contraditórias, o cidadão desiste de tentar discernir a agulha da verdade no palheiro da mentira e passa a aceitar, ainda que sem consciência plena disso, que tudo que resta é escolher, entre as versões e narrativas aquela que lhe traz segurança emocional”* D’Ancona, Matthew – Pós-Verdade, pg. 10.

Até onde o conhecimento alcança, o mundo, agora se encontra diante de uma permanente observação, nas 24 horas do dia, todos os dias do ano onde a sociedade é comandada por uma massa informativa de aparelhos móveis e redes sociais com mais de 5,8 bilhões de pessoas com acesso simultâneo a dispositivos móveis conectados à internet, num nem tão “admirável mundo novo” de Aldous Huxley<sup>104</sup> e absolutamente afastada.

A informação foi definitivamente democratizada, sem nenhum controle, produzindo um mercado onde fundiram-se consumidores, fornecedores e empresas, num relacionamento sem precedentes na história humana, numa ambiência na qual o grande protagonista é o tempo real, abertamente transparente e imediato entre as partes, onde a comunicação em via de mão dupla, alinhada aos propósitos e valores

<sup>104</sup> Aldous Leonard Huxley, escritor inglês autor da obra “Admirável Mundo Novo”, reconhecido como um dos principais intelectuais de sua época.

de seus membros criou novo processo de relacionamento interpessoal, ao mesmo tempo que em oposição, criou da mesma forma, verdadeiro “tribunal de julgamentos”, implacável e dotado de eficácia e dinâmica invejável na destruição de “inadequados”.

Adensando ainda mais essa nova “realidade”, o Ser em rede já mostra novas condições evolutivas desse processo de metamorfose, onde passa a se equiparar à máquina, ou a um de seus dispositivos, conquanto a evolução tecnológica já trate de introduzir artificialidade cognitiva e sensorial como forma de manter esticada a linha de ampliação das suas próprias capacidades humanas.

Isso se percebe hoje em cada lar que disponibilize aos seus componentes, aparelhos smartphones interconectados em rede. Esse novo membro de uma família digitalizada não utiliza mais seus sentidos biológicos de interação, mas sim a fala interfaceada pelo dispositivo em nuvem, numa absoluta e talvez irreversível quebra de sua qualidade humana.

Em breve esse novo Ser sucumbirá diante de uma interferente tutela, diversa da antiga realidade analógica, passando a se relacionar em um outro plano existencial, livre da carne e demais “mazelas” humanas, como se a vida não mais tivesse qualquer significado senão em um novo universo, o qual segundo o idealizador do Facebook, Mark Zuckerberg, já iniciou construção.

Recentemente o facebook mudou de nome, agora é Meta, em alusão ao Metaverso, novo modal de interações humanas projetado

para ser a nova Ágora da sociedade em rede, em mais fase evolutiva.

*“...O termo Metaverso remete a uma nova camada capaz de integrar o mundo real ao digital, por meio de tecnologias como realidade virtual ou aumentada, podendo também utilizar hologramas. Assim, em um jogo, por exemplo, o usuário tem experiências mais reais, o que aumenta sua motivação e engajamento. Em outras áreas, como na educação, o metaverso permite simulações de ambientes ou laboratórios, permitindo que o aluno tenha vivências reais de sua experiência. Em e-commerces, a ideia é melhorar a experiência dos clientes, que podem experimentar roupas, acessórios ou equipamentos de forma virtual e totalmente remota.”* Disponível em <https://bit.ly/3BFquA8> Acesso em 02/09/2022.

É possível pensar no risco de manipulações em matéria de judicialização nesse ambiente (considerando que as interações extrapolam a materialidade do Ser) e o quanto será possível o estabelecimento de um exercício legiferante que submetam uma existência de regras entre avatares<sup>105</sup>?

Como serão as interações sociais e como se darão as estruturas sociais do Estado e a justiça e suas relações de Poder nesse novo

<sup>105</sup> Avatar é termo antigo, de origem religiosa: nasceu no sânscrito avatara – literalmente, “descida do céu à terra” – para designar cada uma das formas humanas ou animais assumidas pelo deus hindu Vixnu ao visitar a humanidade. Avatar é a materialização de uma força espiritual, o modo como ela se deixava ver e hoje empregado pela sociedade em rede para definir a representação humana em ambiência digital.

ambiente onde o extrato social foi horizontalizado e a transmissão da informação e o seu acesso mediatizado sem restrições em conteúdo no momento de sua ocorrência?

Caberá uma reanálise quanto ao que seria considerado o “devido processo legal” nesses novos termos e ambiência, seguindo a exemplo considerações quanto à legitimidade das Partes?

*“...Igualmente, sob essa perspectiva, o processo deixa de ser um instrumento à disposição do Estado, até porque a sua construção em função do juiz, e não do cidadão que pede tutela jurisdicional, assemelha-se, como bem adverte Girolamo Monteleone, à construção de um hospital não para curar os doentes, mas em função dos médicos e de seus interesses pessoais. “...Trata-se, pois, de superar a gênese autoritária do processualismo científico em favor de uma concepção de processo como garantia em favor dos cidadãos — espelhando, assim, a opção”. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma “teoria do processo” sem processo?: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. RBD - p. 181, jul./set. 2018.*

Os relacionamentos jurídicos e principalmente os políticos, nessa nova dimensão, seguirão os mesmos ritos afetos à analogia do Ser e sua estrutura material ou serão redimensionados para atender a essa nova demanda por uma realidade “esotericamente” inserida por redes neurais de ampliação sensorial, ausente de eufemismos dotados de capacidade intrínseca de abrandar resultados?

A justiça seguirá “cega” e presa ao fiel de uma balança que agora independará de gravidade para se auto ajustar?

São muitas indagações semelhantes para a mesma construção sobre essa nova consciência estrutural do Ser, que aquilata a cada novo dia um sem-número de inovações em face dessa independência de qualquer outro valor ou suplemento, bastando uma simples conexão à grande rede para que, de imediato, o mais simples e desassistido de seus membros, mergulhe na profundidade desejada.

Interface e disponibilidade de acesso, essas duas e singelas palavras possuem força e poder de modificar o futuro da raça humana e ainda, a união da máquina ao homem já se encontra em fase 2.0 de inter-relacionamento humano.

E além das considerações acima, essa nova dinâmica de Poderes, já demonstra permear a grande maioria das sociedades ocidentais, configurando um novo “cardápio” moral do exercício daqueles mesmos Poderes, pois como será possível estabelecer uma simples cadeia de custódia da informação de determinado ato considerado “fora da legislação” se não houver sequer mínima permanência ou controle dos Recursos Humanos alocados pelo Estado para tal fim?

As próprias consequências advindas desse futuro que já se avizinha de nossa realidade certamente imporão respostas a tais questionamentos, que certamente em nada permanecerão vinculadas à realidade analógica hoje estabelecida.

Muitas novas nuances relativas à argumentação de dispositivos legais já tem sido expostas à uma sociedade estupestada diante dessa inconsistente (sob viés analógico) com antigas formas de interpretação, fatos incontestes que já alinha entendimento sobre o “*quantum*” a ser revisto diante de todas as hierarquias das Cortes, independente de instancia ou área de abrangência.

#### 4. Viés evolutivo:

A sociedade humana, desde a formação da Pólis<sup>106</sup>, descrita brilhantemente na obra Paideia: a formação do homem grego, de Werner Jaeger, sempre buscou analogia comparativa de Platão com verdade, como anteparo destinado ao fortalecimento das condições de própria sobrevivência, dedicando, principalmente ao aprimoramento tecnológico, total esforço no sentido de submeter ao conhecimento, fruto de uma exposição ontológica, a verdade que mais a aproximasse da própria racionalidade e sobrevivência diante das vicissitudes de seus pares e da precariedade da sua natureza em condições inóspitas, vez que sua única virtude de sobreviver apoiava-se na inteligência e na capacidade de usá-la segundo a própria conveniência e em busca de seu desenvolvimento.

*“...A história da Paideia, encarada como a*

<sup>106</sup> Cidade-estado. Na Grécia Antiga, a pólis designava um pequeno território localizado geograficamente no ponto mais alto da região com características equivalentes a uma cidade. Seu surgimento foi um dos mais importantes aspectos no desenvolvimento da civilização grega.

*morfologia genética das relações entre o homem e a pólis, é o fundo filosófico indispensável no qual se deve projetar a compreensão da obra platônica. Para Platão, ao contrário dos grandes filósofos da natureza da época pré-socrática, não é o desejo de resolver o enigma do universo como tal que justifica todos os seus esforços pelo conhecimento da verdade, mas sim a necessidade do Conhecimento para a conservação e estruturação da vida. Platão aspira a realizar a verdadeira comunidade, como o espaço dentro do qual se deve consumir a suprema virtude do Homem. A natureza que cerca o entorno dos fatos e condições que trouxeram o homem até aqui, jamais foi pautada ou mesmo influenciada por qualquer estímulo, ainda que subliminar, quanto à necessidade de superação de obstáculos e reconhecimento da realidade”.* JAEGER, Werner. Paideia: a formação do homem grego, p 592.

Entretanto, diante dessa nova racionalidade digital, e do surgimento de uma “Polis” criada em um metaverso onde a realidade e a não realidade se fundem com tamanha naturalidade, que ambas se tornam imperceptíveis em separações e distinções e principalmente, diante da possibilidade de sequer prover atendimento à menor necessidade biológica, vez que todas as suas necessidades passam a existir diante de uma nova forma de interação social, imediata, sensorial e absolutamente incompatível com sua antiga forma de

coexistência, diante dessa hiper dependência “agorista<sup>107</sup>” de um consumo também hiper acelerado da informação como único vínculo da realidade, como poderá ser exercido o direito e a síntese da justiça como baluarte da civilização cuja missão seja a de proteger a realidade e o Ser, de sua deturpação via esse novo modal de meio físico de acesso e inserção diante dessa imaterialidade?

Como impedir o enviesamento doutrinário da realidade numa construção tecnológica?

Apesar desse questionamento ser incomodamente real e imperativo quanto ao risco de sofrer imposição de “virtudes” aderidas e criadoras de forte dependência ao meio informacional e às vias de informação, pois o agora passa a ser o tempo pautado nessa nova realidade, há que ser manter o entendimento de que a base “genética” de todos os sistemas informacionais citados ao longo desta curta pesquisa, dependem e são absurdamente influenciados pelas dinâmicas de seus criadores e da existência ou não de “vieses” direcionadores de interesses.

A quase totalidade dos sistemas de dados digitais traz, no bojo de sua existência, desde a simples e criativa explosão humana de ideias

<sup>107</sup> Agorismo é uma filosofia social libertarista consistente fundada por Samuel Edward Konkin III que definiu um agorista como um praticante consciente da "contraeconomia". Agoristas objetivam uma sociedade na qual todas "relações entre as pessoas são de trocas voluntárias – um livre mercado". Disponível em <https://bit.ly/3QLyhAx> Acesso em 14/08/2022.

e início de projeto, desde a mais simples implementação de rotinas e curso de ensaios e mais ensaios até a criação e implementação de quaisquer dispositivos de tecnologia digital, a(s) marca(s) de seu criador(es).

Nossa concepção de fruição de vida se relaciona à forma que a vida nos foi apresentada desde a mais tenra idade.

Partimos sempre do pressuposto de que a verdade e a realidade que nossos antecessores nos passaram são a base formadora de nosso relacionamento com nossos semelhantes e com o mundo em torno, que nos entrega, de um simples exemplo de como andar, falar, ouvir, relacionar, total possibilidade de imersão na realidade.

Somos, portanto, meros replicadores daquilo que depreendemos como realidade, e nos dedicamos ao longo da existência da vida, a nos situarmos com nossa própria realidade, e esta, em constante conflito com aquilo que nos afeta, motiva, conflito que, ao longo de toda a nossa existência passa a construir nossa vontade de compreender, aceitar, recusar, concordar, de discordar, enfim, somos fruto de nossos próprios conflitos e estes, balizados e cerceados consoante o sentido que depositamos quanto ao que nos é apresentado pelo mundo.

Entretanto, diante de um mundo onde essa materialidade da existência encontra diversa fundamentação e aparência, é certo que

também passamos a sofrer da mesma forma, a influência das “construções” de uma nova forma de realidade.

Ao deslocarmos a realidade analógica para o universo (metaverso) composto tão somente por dados que são reflexos de uma imaterialidade construída artificialmente por outros semelhantes, que da mesma forma foram afetados desde sua gênese até o momento da concepção daqueles dados, construtores daquela realidade “funcional” que vai permear a realidade, torna-se imprescindível o entendimento de que aquele universo possa ser, da mesma forma, arbitrariamente corrompido quanto à sua própria gênese.

*“...Paideia, tal como os gregos a concebem, é um processo de educação em sua forma verdadeira e genuinamente humana, transmitida entre gerações, o que lhe confere certa perenidade. É um ensinamento do corpo e da mente, uma formação geral que se prolonga por toda a vida, cuja tarefa é constituir o homem como “Homem”. É curioso observar que Jaeger faz o uso deliberado da letra inicial maiúscula da palavra “homem” para designar o ideal de constituição e educação da Hélade que, através de uma formação moral, física, poética e teológica busca elevar o homem grego a um patamar sublime, não somente de cidadão, mas de Homem em sua forma exemplar. Esta formação, denominada “humanismo”, é a educação do Homem de acordo com a verdadeira forma humana, com o seu autêntico ser e nela se inspiraram os educadores gregos, bem*

*como os poetas, artistas e filósofos”* Disponível em <https://bit.ly/3SaREnT> Acesso em 22/08/2022.

Quanto mais se alicerçam fatores de aplicações tecnológicas à existência humana, de processos artificiais com intuito evolutivo de otimização da sociedade, mais frágeis e susceptíveis a adulterações de realidade essa sociedade passa a sofrer.

*“...O uso de sistemas de inteligência artificial (IA) é crescente nos mais diversos ramos, em razão do aumento da eficiência e da precisão dos serviços por eles proporcionado. No Direito, vislumbra-se também esse fenômeno, com a utilização das soluções das lawtechs, por exemplo, para otimização de serviços, principalmente no que concerne à litigância de massa. Nos Estados Unidos, sistemas de inteligência artificial, como o Ross e o Watson, são utilizados por escritórios advocatícios para realizar pesquisas jurídicas, analisar documentos, redigir contratos e prever resultados.<sup>1</sup> As vantagens do uso de tal tecnologia, que proporciona maior rapidez, precisão e qualidade na realização de trabalhos maçantes e repetitivos, têm feito com que cada vez mais escritórios invistam em sua utilização. NUNES, Dierle. MARQUES, Ana Luiza. Inteligência Artificial e o Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas, p 2.*

Assim como uma antiga família analógica conduzia os assuntos

no mais íntimo do núcleo familiar, assim se dá a fruição da gênese dos novos sistemas digitais, inserindo esse novo Ser em rede numa dimensão absolutamente desfocada de sua antiga base referencial, vez que não transparece, tampouco se pode aquilatar as interferências sistêmicas que possam ter afetado a elaboração daquele determinado sistema.

A busca por maior eficácia e eficiência, a elevada disputa por mercado e a competição desenfreada pela sobrevivência num mundo cada vez mais populoso e competitivo, passam a interferir na plenitude dos processos decisórios de todos os gestores em atividade no planeta, que de forma frenética e “agorista”, passam a interpor cada vez mais recursos que otimizem seus processos laborais.

*“...O mesmo fenômeno se verifica no Brasil, apesar de ainda ser constatado em menor escala. A plataforma Watson, por exemplo, foi implantada em um escritório advocatício de Recife para a automatização de serviços repetitivos, aumentando a média de acertos, em relação ao preenchimento de dados, de 75% para 95%. Sistemas de inteligência artificial também são utilizados por escritórios para a análise de tendência de juízes ao julgar determinados temas, possibilitando uma maior especificidade à defesa. A Advocacia Geral da União (AGU) iniciou a implantação de seu Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens) em 2014, o qual tem por objetivo “facilitar o trabalho do procurador,*

*tornando mais rápida e simplificada a produção de peças, automatizando e eliminando a necessidade de registro manual da produção jurídica”. Trata-se de ferramenta que auxilia, inclusive, na tomada de decisão, sugerindo teses jurídicas cabíveis em cada caso concreto.”* (Grifo nosso) NUNES, Dierle. MARQUES, Ana Luiza. Inteligência Artificial e o Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas, p 2.

Entretanto, o novo Ser em rede, uma vez inserido num prognóstico de metaverso como lugar de vida, (onde a massa de seus relacionamentos, escolhas, objeções, razão e até a própria existência não mais necessita dos meios de informação analógicos), afastado de suas antigas virtudes e principalmente, livre de quaisquer cerceamentos de Estado, passa a permear toda a sua racionalidade, antes adstrita à esfera privada, numa nova esfera pública de auto divulgação nunca antes sequer imaginada, numa fusão de esferas que ainda sequer formou consistência que permita um alavancar analítico de percepções.

E embora viva em meio analógico, se relacione em meio analógico, já passa a perceber contato com essa nova existência, muito mais real quanto mais novo o Ser, já sendo possível a identificação desse afastamento de realidades no dia a dia da sociedade, onde os

mais jovens não conseguem conviver senão através de aplicativos em dispositivos muito afastados da realidade analógica de sua existência.

O Estado ainda sequer consegue admitir ou mesmo aquilatar a imponência dessa mudança, vez que debruçado por ingerências políticas de antigas realidades, ainda busca estrutura na manutenção de uma sociedade afastada dessa verdadeira “disrupção” da realidade, até porque no formato pensado por Montesquieu<sup>108</sup> essa divisão mesmo no universo analógico já perdeu significância impositiva diante da realidade assistida hoje em boa parte dos países ditos fiéis ao democratismo.

*É certo que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do chamado Estado Constitucional. Utiliza-se o termo separação dos poderes, mas sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível. Em verdade, esse poder é exercido por vários órgãos, que possuem funções distintas. Como consequência dessa teoria, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são poderes políticos. No entanto, como cada homem em si é “a-político”, uma vez que a política surge “no entre-os-homens, portanto, totalmente fora dos homens” e é essa mesma política que “organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às*

<sup>108</sup> Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, político, filósofo e escritor francês, autor da teoria da separação dos poderes, consagrada por constituições internacionais, presente na Constituição Brasileira de 1988.

*diferenças relativas,” deve-se constatar que o poder do Estado somente deve existir para cumprir e manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade.* Disponível em <https://bit.ly/3xqqTUp>  
Acesso em 18/08/2022.

A velocidade evolutiva da tecnologia certamente tem sido o principal alçôz desse afastamento do Estado, pois não foi previsto, naquele modelo pensado pelo filósofo francês em sua obra “O espírito das Leis<sup>109</sup>”, que haveria o surgimento de um novo meio físico a dominar o acesso à informação, mudando de forma radical a totalidade da comunicação humana e alterando definitiva e irreversivelmente o relacionamento em sociedade.

Tampouco que esse meio físico pudesse ser auto interferente na tutela da razão ou mesmo no seu significado, consoante o pêndulo criativo de seu fomento e criação e que a matemática, antes mera ciência, pudesse protagonizar essa mudança, na razão, no fato e na realidade, antes indelévelis.

O surgimento dessa nova imaterialidade do Ser, fundamentado por algoritmos e formulações, scripts de sistemas de sustentação de uma nova inteligência afastada da imago humana decerto trará significativo desafio para os gestores do Estado, do poder e em consequência do direito e da justiça.

*“...Inicialmente, importante consignar que*

<sup>109</sup> MONTESQUIEU - O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

*os mecanismos de inteligência artificial dependem de modelos, os quais consistem em representações abstratas de determinado processo, sendo, em sua própria natureza, simplificações de nosso mundo real e complexo. Ao criar um modelo, os programadores devem selecionar as informações que serão fornecidas ao sistema de IA e que serão utilizadas para prever soluções e/ou resultados futuros. Essas escolhas, portanto, fazem com que sempre haja pontos cegos nos algoritmos, os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve.”*(Grifo nosso) NUNES, Dierle. MARQUES, Ana Luíza. Inteligência Artificial e o Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas, p 4.

## 5. Conclusões.

Diante do todo resumidamente exposto, é possível afirmar que a humanidade passa por uma transformação, uma literal metamorfose dinâmica, de todos os seus diálogos com a realidade e dessa, com sua própria existência (ou sobrevivência).

O mundo humano, na pura acepção da palavra, demonstrou, à própria sobrevivência, ser capaz de assimilar e incorporar em sua natureza, todas as milhares de nuances evolutivas que surgiram e acompanharam o homem desde o seu aparecimento na terra até os

dias atuais.

A comunicação humana, longe de ser apenas mais um sentido, é aquela que o difere, par-a-par com a inteligência, dos outros seres biológicos do planeta, fato edificado por todas as suas construções em sociedade, seu caráter desafiador da realidade e sua incessante busca pelo desconhecido.

Assim é e sempre será da mesma forma com o direito e em síntese, com a justiça, vez que, independente do autor de seu conceito ou viés doutrinário de sua acepção como palavra, o direito sempre se destinará a compor normativa da totalidade das ações humanas em sociedade, normativa essa, pressuposta por ser estabelecida por um poder concernente, soberanamente por essa mesma sociedade e imposta coativamente aos seus concernidos.

No momento, vivemos uma nova expectativa, tal seja a da interação do Ser biológico à imaterialidade do universo e à sua absorção de novos “órgãos” artificiais que venham a potencializar sua nudez genética numa nova modalidade biônica, que decerto será realidade, ou não, a depender tão somente de sua capacidade adaptativa.

Todas as atividades inerentes ao desenvolvimento tecnológico buscam, em tese, acelerar o desenvolvimento e a emancipação cadava vez mais acentuada da racionalidade humana, fruto de extensa e intensa pesquisa envolvendo todo o universo de atingimento das perspectivas de vida da raça humana.

Porém, esse mesmo desenvolvimento pujante, terá a capacidade de aumentar a coesão do Ser em direção à perpetuação da espécie no planeta ou ampliará a também humana capacidade de exploração de seu semelhante, à exemplo do que vivenciou a humanidade até aqui?

Terá esse novo Ser, misto de carne e máquina, a capacidade de superar o desafio de se auto contrapor à genética ganância pelo poder e pelo domínio da própria espécie, em nome de virtuosismos ideológicos que somente servem à ampliação da distancia entre os membros da própria sociedade?

A cultura humana evoluiu até aqui, consonante a necessidade de adaptação do Ser social, conquanto este se agrupava em torno de sua subsistência.

Tudo indica que a junção dessa nova “linha evolutiva” da espécie “homem/máquina” já dá sinais de que se torna imperativo a compreensão de que é necessária, ou melhor, é imperativamente necessária a construção de novas dinâmicas de aprendizado que permitam ao Ser analógico uma clara, concisa e precisa percepção dessa nova realidade, pois até aqui, esse afastamento dos atuais recursos humanos dessa tônica evolutiva tem tão somente afastado o homem até de sua própria sobrevivência.

Nossa pesquisa tem-se debruçado sobre os conflitos resultantes e interferências que esse novo Ser fruto da sociedade da informação tem sofrido diante da absurda exposição a um não menos absurdo volume de informação vivenciado a partir do surgimento da rede

Internet e dessa, da sociedade em rede, buscando identificar, em cada esfera do conhecimento afeto ao universo do direito, assertivas racionalidades que nos permitam pensar o direito, como guia reflexivo desse novo Ser, nessa nova ambiência, como forma de manter a original linha da justiça, capaz de fazer frente à evolução, e não à destruição da espécie.

## 6. Referências bibliográficas:

ANTUNES, Ricardo. O Toyotismo, as novas formas de acumulação de capital e as formas contemporâneas do estranhamento(alienação), 1998.

\_\_\_\_\_. O Privilegio da Servidão. Rio de Janeiro: Boitempo, 2018.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre, 1998

ASIMOV, Isaac – publicado por John W. Campbell, Jr., “Eu Robô” – EXPED – São Paulo, 1989.

BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CARVALHO NETO, Antonio Moreira de. Relações de trabalho e negociação coletiva na virada do milênio: estudo em quatro setores dinâmicos da economia brasileira. Belo Horizonte: Vozes, p. 308, 2001

CASTELLS, Manuel – A sociedade em Rede – Do Conhecimento à Ação Política – Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

D'ANCONA, Matthew – “Pós Verdade” –Faro Editora – São Paulo - Barueri, 2018.

DASGUPTA, PAPADIMITRIOU Sanjoy Christos, and VAZIRANI Umesh. *Algorithms*. McGraw-Hill, 2008.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. I e II.

JAEGGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

M.A. Medina and C. Fertig. *Algoritmos e Programação: Teoria e Prática*. Novatec, 2005.

MONTESQUIEU. *Vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Os pensadores.

\_\_\_\_\_. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUNES, Dierle. MARQUES, Ana Luiza. *Inteligência Artificial e o Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas*. *Revista de Processo*, 2018.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental. A aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

## **SOFT REGULATIONS “DES”INCHAZO NORMATIVO<sup>110</sup>**

**Carla Izolda Fiuza Costa Marshall**

Pós-doutoranda em Direito, Instituições e Negócios no PPGDIN da UFF.  
Doutora em Direito Econômico pela UGF. Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ. Co-líder do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade, CNPq. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. Autora de obras jurídicas. Procuradora Federal aposentada. Administradora Judicial pela ESAJ. Parecerista nas áreas de Direito Econômico, Petróleo e Gás.

### Introdução

A sociedade contemporânea vem passando nos últimos 30 anos por um processo de transformação e adequação aos constantes e infinitos desafios, obrigando Estados e agentes econômicos a proceder a mudanças estruturais e profundas em suas relações.

O mercado, a cada dia mais competitivo e complexo, exige constante inovação e adequação aos novos parâmetros, que antes mesmo da Pandemia da COVID-19 já apresentavam sofisticação de padrões, tanto em nível nacional como internacional, refletindo a mudança de comportamento dos consumidores e usuários, bem como a urgência de implementação de processos e estratégias, em linha com as demandas pelos setores privado e público.

Com a Pandemia o mercado mudou e a profundidade dessa mudança, alterou sua fisionomia e o que antes era uma Transição tornou-se uma Era, como exemplos disso o segmento digital e ambiental, que atingiu frontalmente o setor privado. Nesse diapasão

<sup>110</sup> Esse artigo é fruto da palestra apresentada durante o I Seminário sobre diálogos Brasil-Reino Unido: Comparativo de Jurisprudência e Direito Econômico, realizado pelo PPGDIN da Faculdade de Direito da UFF, em 09/2022.

e seguindo a tendência natural, com vistas a adequar essas recém introduzidas demandas, o Estado precisou inovar pois, numa sociedade capitalista, o desenvolvimento econômico deve ser o objetivo de políticas públicas, que estejam em sintonia com a promoção do progresso social. Todavia, cabe aqui a reflexão acerca de qual modelo de progresso se deseja implementar, uma vez que inúmeros fatores se incluem nessa agenda.

Esse artigo tem por objetivo analisar o novo contexto do mercado, a partir do papel empreendido e a empreender por parte do Estado e sua consonância com as exigências de uma economia, que se pretende inserida num circuito global, buscando orientar e incentivar a economia.

#### Regulação e Concorrência

A ordem econômica impõe a contenção e dimensionamento de efeitos indesejados em relação a atividades produtivas. Quando se trata de setores estratégicos, altos investimentos e riscos se conjugam em um ambiente, no qual o desenvolvimento tecnológico e a globalização trazem demasiadas incertezas e inseguranças tanto para investidores como para a sociedade, tendo em vista a possibilidade de intervenções desmedidas do Estado na economia.

Diante de tais desafios, impõe-se a atuação regulatória e concorrencial pela Administração Pública, seja de modo repressivo ou preventivo, sempre visando garantir a disposição de regras verossímeis, flexíveis e capazes de estabelecer a confiança necessária para o alcance de metas inegociáveis, tais como: atração de investimentos nacionais e estrangeiros e o combate às práticas incongruentes com a ótica de mercado.

Historicamente, seguindo o fluxo externo o legislador constituinte que inseriu na Carta de 1988 inovações de diversas naturezas, mas a que nos interessa para efeito de argumentação sobre o tema é a econômica, que se deu com a introdução dos Princípios da Ordem Econômica, em especial os contidos no artigo 170.

Na verdade, a Ordem Econômica prevista na Constituição Econômica da Carta de 1988 é um exemplar de inovação, num país que se pretendia inserido num mercado globalizado. Nesse contexto, a imperiosidade de elaboração de normas, em sintonia com os princípios e determinações lançados no texto constitucional, tornaria o Brasil atraente para o investimento externo direto, imprescindível para o alcance sustentável do desenvolvimento econômico.

A Ordem Econômica apontou para dois ambientes, ou seja, o da regulação e o da concorrência, que, por sua vez, não são excludentes.

Segundo Calixto Salomão<sup>111</sup> ao refletir sobre esses dois ambientes:

O antitruste e a regulação como instrumentos desenvolvimentistas necessariamente não podem se constituir em entrave para o desenvolvimento nacional. Devem ao contrário, incentivá-lo. (...) servem para equilibrar as relações entre agentes econômicos, e entre eles e os consumidores, impedindo que uns adquiram poder e dele abusem sobre os outros. Trata-se, portanto, de instrumento de reequilíbrio das relações econômicas.

Portanto, ambos estão atrelados à ideia maior de equilibrar as relações econômicas no ambiente de mercado. Nesse sentido, órgãos da Administração Pública foram criados, exatamente, para

<sup>111</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 191.

obtemperar tais relações de agentes econômicos com seus consumidores e usuários, especificamente as Agências Reguladoras setorializadas e novas missões para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia independente, que já existia antes da Constituição de 1988, mas com atribuições diversas, pois o Estado, no modelo anterior, era altamente interventor, além do fato de nosso mercado não ser receptivo à novos *players*, não havendo, propriamente, competição entre as empresas.

Como já pontuado anteriormente, para que todo esse ambiente fosse desenhado e se realizasse, foi necessário um arsenal de normas tanto oriundas do Poder Legislativo, como do Executivo, bem como, embora em outro nível, às das Agências Reguladoras, tudo com vistas a dar segurança aos agentes econômicos.

Claro está que a atividade regulatória não se define, unicamente, por meio de sanções, mas sim a partir da finalidade a que tais agentes se destinam, tendo como pano de fundo a Constituição e a lei, com vistas a proporcionar à sociedade, em geral, às empresas que atuam no mercado, e, em obediência à livre iniciativa, a devida e tão almejada segurança jurídica.

Indiscutivelmente o panorama que ora se apresenta é muito diferente daquele que existia em fins do século passado e início desse e isso se reflete no mercado, quer no regulado, quer no não regulado.

Recentemente, tivemos a oportunidade de ver um texto selecionado no CONPEDI<sup>112</sup>, onde afirmamos que:

<sup>112</sup> MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa; LAGASSI, Veronica. Alianças Estratégicas em tempos de crise: a busca por maior competitividade. CONPEDI – XXVII Congresso Nacional de Porto Alegre, 2018, p.312; www.conpedi.org.br

A pós-modernidade ou modernidade reflexiva<sup>113</sup> demonstra que a sociedade atual, isso se constata globalmente, difere, fundamentalmente, daquela existente até quase o final do século passado, fruto de construção crítico-dialética. A modernização da modernização ou modernidade reflexiva se dá na dimensão de um novo capitalismo, não exatamente de um modelo diverso do anterior, mas decorrente de novos estilos de vida.

Pode-se dizer que a principal característica desse novo contexto consiste no risco que transborda as dimensões individuais, locais e temporais. Os contrastes que se identificam entre a segurança e a insegurança, indicada aqui em seu aspecto amplo, moldada pelo, no dizer de Giddens<sup>114</sup>, *entrelaçamento de eventos sociais e relações sociais que estão à distância de contextos locais*, tudo isso em linha com o desenvolvimento e evolução cibernéticos e tecnológicos acarretou também riscos e inseguranças às sociedades, de modo geral.

#### Risco x regulação

De acordo com Beck<sup>115</sup> o risco passou a personagem central, em função de várias razões, pois o avanço da ciência e da tecnologia

<sup>113</sup> BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. Great Britain: Sage Publication. 1992, p. 28. A pós-modernidade ou modernidade reflexiva para Beck iniciou-se em fins do século passado.

<sup>114</sup> GIDDENS, Anthony et alli. *Modernización Reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p.46.

<sup>115</sup> BECK, Ulrich *apud* GIDDENS, Anthony. Sociologia. 4º ed. rev. atual. Trad.: FIGUEIREDO, Alexandra; BALTAZAR, Ana Patrícia Duarte; SILVA, Catarina

proporcionaram e, ainda, proporcionam novas situações e diferentes tipos de riscos, diversos dos anteriores, muito embora tanto a ciência como a tecnologia proporcionem à sociedade inúmeros benefícios. O planeta está vivendo a denominada Revolução Industrial 4.0<sup>116</sup>.

Diante desse inevitável quadro percebe-se que as normas decorrentes da regulação também devem estar em constante adequação, com vistas ao cumprimento de seus objetivos.

A sociedade de risco obriga constantes reinvenções de todos aqueles que estão diretamente envolvidos, pois o risco, que é inerente à atividade econômica ultrapassa os limites de uma mera expressão decorrente dos desafios do mercado.

O risco empresarial é característica inerente à exploração de qualquer atividade econômica, todavia ele pode se manifestar como de difícil remediação em diversos tipos de empreendimento, tendo em vista, por exemplo, a prestação de serviço público por agente econômico, na área de infraestrutura, e, portanto, submetido ao sistema regulatório. Nesse sentido, a atuação das Agências é imprescindível e deve ser célere, para evitar futuros desdobramentos, que agravem ainda mais a quadro.

Cumprir destacar a natureza da função regulatória, pois, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>117</sup>:

---

Lorga da; MATOS, Patrícia; GIL, Vasco. Coordenação e revisão científica. SOBRAL, José Manuel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 679.

<sup>116</sup> Conhecida como a 4ª Revolução Industrial, diz respeito a produtividade, mais especificamente, ampliando a eficiência, de modo exponencial, o desenvolvimentos de bens e produtos, em função do uso eficiente de recursos.

<sup>117</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129.

As intervenções estatais, embora apresentem inúmeras variedades doutrinárias, podem ser classificadas em quatro tipos quanto a seu conteúdo: a regulatória, a concorrencial, a monopolista e a sancionatória, não considerada como modalidade de intervenção o fomento público, que não tem natureza impositiva.

Atualmente, utiliza-se menos a expressão intervenção e mais atuação, a gravidade do termo intervenção tem conotação, de certo modo, negativa e, parece-nos, abrangente.

Já tivemos a oportunidade de destacar que:

Claro está que o Poder Público, sob o formato de agências, deverá realizar as escolhas públicas mais adequadas à realidade econômica setorial. Na verdade, a função regulatória, para além de expressar a imposição de normas, o faz de forma diversa das leis em sentido estrito. A técnica da regulação visa o equilíbrio do setor específico ao qual se destina, pois de acordo com a gênese da expressão “regular” é harmonizar o ambiente econômico, portanto, as regras elaboradas em virtude desta função não possuem o caráter geral de imposição a todos os segmentos da sociedade, mas, tão somente daqueles que se identificam com o setor específico<sup>118</sup>.

A normatividade ínsita da função regulatória não alcança a totalidade de indivíduos de uma sociedade, daí que descola, mais uma vez das leis em sentido estrito, além do fato de seu emissor não ter sido escolha de eleitores, mas nomeados pelo Poder Executivo, em função de seu conhecimento técnico, muito embora, em alguns momentos e setores não ter se dado desse modo.

---

<sup>118</sup> MARSHALL, Carla. Direito Constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 207, p. 207.

Sobre o papel das agências reguladoras, Marcos Juruena, pontua<sup>119</sup>:

O que mudou foi o enfoque a ser dado ao tema em função da necessidade de atração de investimentos, o que exigia maior segurança jurídica, viabilizada pela previsibilidade das ações estatais na condução da atividade interventiva no domínio econômico. Tal segurança seria inatingível caso a intervenção fosse orientada apenas por critérios políticos, cujo ciclo de variação é incompatível com o longo período de maturação dos investimentos levados a efeito nos segmentos regulados.

É cediço que quando um agente econômico ingressa no ambiente regulador de infraestrutura se compromete à realizar uma série de investimentos bastante significativos e que o decurso do prazo para o resgate de tais investimentos é razoavelmente considerável, daí que critérios políticos não podem ser utilizados para a escolha de gestores de agências reguladoras.

Pois bem, o momento atual difere, fundamentalmente, daquele no qual as agências reguladoras surgiram, como já se destacou, portanto, inafastável que surjam algumas reflexões relevantes. De todo o modo:

O risco das atividades econômicas e as incertezas de suas potenciais consequências negativas não podem ser um óbice ao desenvolvimento econômico, por meio da disposição de um excesso de precaução, esta, por sua vez, capaz de inviabilizar a continuidade de atividades econômicas, na forma de excessivos custos regulatórios - fenômeno tido como *overregulation*. Além disso, deve-se também alertar para as consequências negativas de uma ausência de regulação na forma do *underregulation*. Exige-se, portanto, uma estrutura

<sup>119</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 29.

regulatória que seja capaz de fiscalizar e adjudicar sem que haja oneração demasiada frente a estrutura concorrencial e empresarial<sup>120</sup>.

Inegavelmente tanto a confiança, como a credibilidade quanto a higidez do sistema passam a ser verificadas, a partir da tecnicidade dos que exercem atividade econômica, além daqueles que a regulam e fiscalizam, ou seja, a Administração Pública, por meio de suas agências, e dos que por elas são reguladas, ou seja, os agentes econômicos.

Em determinados setores regulados, a iminência de risco ambiental e econômico deve ser reiteradamente denotado, principalmente pelo fato de poder afetar o desenvolvimento de gerações futuras, repercutindo, portanto, na sustentabilidade do sistema econômico<sup>121</sup>.

Claro está que o mercado não é perfeito e, portanto, ocorrerão atitudes consideradas imprudentes, tais como: práticas predatórias, concorrência desleal, falhas de mercado, dentre muitas outras e que precisam ser coibidas<sup>122</sup>. Portanto, é evidente a necessidade de atuação das agências reguladoras que, a partir de suas atribuições e autonomia decisória deverão conduzir os atores à parâmetros adequados.

A grande questão é como ponderar adequadamente entre ônus e bônus em um ambiente de mercado que, a todo momento, estabelece novos processos produtivos, inovações tecnológicas e

<sup>120</sup>MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa e DINIZ, Erick Sobral. Regulação, Precaução e Mercado: consensualidade público-privada e crescimento econômico sustentável in Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, Ibmecc 2019; [www.even3.com.br/Anais/mpct2019/150770](http://www.even3.com.br/Anais/mpct2019/150770)

<sup>121</sup> Ver mais profundamente em BECK, Ulrich, op. cit., p. 40.

<sup>122</sup> Isso pode se dar tanto num mercado regulado como no não regulado, pois a liberdade não é absoluta, devendo ser orientada por normas e, eventuais, sanções. Destaque-se, apenas, que o agente que irá punir desvios, em cada ambiente, será diferente.

ousados planos de negócios. Os agentes econômicos face à frenética competição que se estabelece entre eles se movimentam de forma célere, com vistas a alcançar seus objetivos, daí que os agentes reguladores precisam intensificar sua percepção para situações que geram ou que possam gerar efeitos danosos.

A adoção da Governança Pública, que decorre do que existe no setor privado denominado de Governança Corporativa, foi introduzida de forma mais contundente com a Reforma do Estado de 1990, assumindo o Estado o papel de gestor, segundo Matias-Pereira<sup>123</sup> a Governança Pública:

pode ser entendida como o sistema que determina o equilíbrio de poder entre todos os envolvidos em uma organização – governantes, gestores, servidores, cidadãos – com vista a permitir que o bem comum prevaleça sobre os interesses de pessoas ou grupos.

As agências reguladoras, portanto, devem atuar de acordo com a Governança, com o intuito de interagir com os diferentes atores, tendo o olhar voltado para o cidadão-usuário e para o mercado setorizado. Dessa forma têm a discricionariedade, dentro dos limites legais, de estabelecer multas e penalidades para agentes econômicos que incorrerem em condutas incongruentes com a ótica regulatória e setorial. Nesse sentido, têm-se utilizado mecanismos, tais como:

<sup>123</sup>MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. *Administração Pública e Gestão Social*, vol. 2, jul. 2010, p. 26.

termos de ajustamento de conduta e a instauração de processos administrativos para apuração de irregularidades<sup>124</sup>.

A atividade fiscalizatória é complexa e sujeita ao risco de ocorrência de captura de agências por agentes regulados. Desta forma, torna-se imperioso debater sobre as consequências *a posteriori* de atividades, especialmente, quando se está diante, por exemplo, de uma crise macroeconômica ou mesmo de um desastre ambiental.

As agências reguladoras tem que estar um passo adiante, o que é, praticamente, impossível, pois muitas vezes irão se deparar com possível falta de transparência de dados ou de informações, o que inviabiliza a possibilidade prévia de análise.

As externalidades negativas, também, são um fator que precisa ser levado em consideração, pois podem conduzir à situações de difícil solução a curto prazo, gerando atraso na tomada de decisão.

#### Tomada de decisões e assimetria de informações

A tomada de decisão para gestores quer de agentes econômicos, quer público demandam um processo galgado em modelos, que o obriga a adotar medidas, com vistas ao equacionamento de demandas, que deverão considerar muitos e

<sup>124</sup> DINIZ, Erick; MARSHALL, Carla; LAGASSI, Verônica. Recursos minerais, regulação e governança administrativa. *Anais do III Encontro Nacional sobre Estado Administrativo: Autorregulação, Plataformas Virtuais e Inteligência Artificial no Planejamento de Mercados Complexos*. Plataforma Even3, Rio de Janeiro, 2018.

diferentes fatores, optou-se por trazer a luz o modelo de racionalidade, Segundo Marcos Antonio Franklin e outros<sup>125</sup>:

A racionalidade como elemento presente nas decisões humanas foi adotada desde os primeiros estudos de economia. Segundo Sen (1994), o Homem Econômico, tomará as decisões com o objetivo de maximizar seus benefícios, medidos em alguma escala de utilidade sendo a utilidade definida como a satisfação retirada da fruição de cada bem ou serviço. A racionalidade estará presente desde o processo de seleção das alternativas até a fixação da escala que servirá de base para a escolha racional que maximizará os benefícios decorrentes da decisão que será tomada. A racionalidade é vista como uma inteligente maximização de ganhos usando todos os instrumentos possíveis e viáveis.

O gestor se utiliza da racionalidade<sup>126</sup> diariamente, pois dele se exige que faça escolhas e tome decisões. Tais decisões deverão ser ponderadas de acordo com o problema que se apresenta e, se há escolhas a serem feitas o processo de reflexão deverá ser adotado e o caminho deverá comportar menos custos em comparação com os benefícios a serem alcançados. Parece simples, mas até chegar a solução há um percurso tortuoso a ser cumprido.

Há situações que exigem do gestor, ainda mais reflexão e que apontam para inúmeras alternativas de adoção de solução, mas, também, há outras que se desdobram e atingem outros universos de

<sup>125</sup> FRANKLIN, Marcos Antonio, KENSKI, Victor Wolowski e POPADIUK, Silvio. Modelo Racional de Tomada de Decisões e seus Pressupostos *in* Revista de Administração da UNIMEP. v.9, n.3, Setembro/Dezembro-2011. <https://www.redalyc.org/pdf/2737/273721469007.pdf> acesso em 28/10/22.

<sup>126</sup> Considerou-se o modelo racional como sendo o mais adequada para a tomada de decisão de gestores públicos, pois oferece requisitos que abrangem a multiplicidade atores e ambientes.

interesses. Portanto, ponderar é excluir o que gera menos dano aos consumidores e usuários, sem tornar inviável a atividade regulada.

O modelo racional de tomada de decisão é o que oferece melhores condições metodológicas, a nosso ver, para o seu embate diário por busca de equacionamento de demandas. Contudo, “não se pode pressupor que seja perfeito, pois o gestor não tem condições cognitivas para se apropriar de todas as informações que lhe são oferecidas e, nessa circunstância, somente o que julga importante é assimilado”<sup>127</sup>.

Retornando à Governança, agora sob o viés privado, o critério do *disclosure* é o mais relevante para que a tomada de decisão ocorra, pois o gestor público precisa ter conhecimento das informações sobre as questões que envolvem a demanda e os procedimentos adotados pelo agente regulado, para que tenha um panorama o mais fiel possível à realidade e, então, possa fazer a escolha de solução mais adequada. Ocorre que as informações de uma corporação são consideradas como fundamentais para a adoção de políticas estratégicas, especialmente, em um ambiente concorrencial. Nesse sentido, a organização opta por informar apenas o indispensável, o que gera um problema para o agente regulador, pois o custo de obter a informação necessária é muito alto, o que desequilibra a relação entre regulador e regulado.

Por outro lado, a presunção de informações fidedignas não é absoluta e podem ocorrer imprecisões eventuais e, também, propositais, gerando, mais uma vez, um desequilíbrio, que pode atingir contingente significativo da sociedade. A assimetria de informações, que é uma falha de mercado é um grave problema a ser enfrentado

<sup>127</sup> LOUSADA, Mariana; VALENTIM, Marta Ligia Pomim. Modelos de tomada de decisão e sua relação com a informação orgânica. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v.16, n.1, p.147-164, jan./mar. 2011, <https://www.scielo.br/j/pci/a/t8XnmBCGfRGYpm9YQh4CKFh/?format=pdf> acesso em 28/10/2022.

pelo gestor público em sua missão e para que possa tomar uma decisão adequada às circunstâncias reais da demanda.

Assim é que a ANP o identifica em sua Nota Técnica<sup>128</sup>, abaixo destacada:

Em função da assimetria de informações o regulador é obrigado a recorrer a outra(s) forma(s) de obter informações (que não seja através da firma regulada, a fim de evitar o risco de captura<sup>129</sup>). Contudo, isso possui um custo, pois os órgãos reguladores precisam ser bem aparelhados sobre as questões setoriais para, desta forma, reduzir as assimetrias de informações quanto às questões técnicas, econômicas e financeiras das empresas. Entretanto, cabe notar que o problema da assimetria de informações nunca é eliminado. Desta forma, o regulador deve ser capaz de arbitrar sobre as questões de sua competência sem dispor do mesmo conjunto de informações da firma regulada.

A assimetria de informações pode conduzir à externalidades negativas, que, por sua vez, podem ser geradoras de insegurança e, até mesmo, receio, propiciando uma sistemática de *overregulation* ou

<sup>128</sup> PINTO JUNIOR, Helder Q.; PIRES, Melissa Cristina Pinto. Assimetria de Informações e Problemas Regulatórios <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/arquivos/2000/nota-tecnica-9-2000.pdf>, acesso em 28/10/2022.

<sup>129</sup> A Teoria da Captura teve seus estudos mais aprofundados nos Estados Unidos, a *capture theory* pode ser entendida como “a submissão da atuação de agência regulatória aos interesses mais imediatos de empresas de setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos” NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 559.

*underregulation*, o que pode causar oneração excessiva para unidades produtivas.

### *Softregulation*

Com vistas a minimizar a ocorrência de distorções decorrentes de assimetrias de informação, que levem a adoção por parte do agente regulador de normas em descompasso com a realidade ou com o problema apresentado, podem e devem ser incentivadas outras formas de comprometimento por parte dos agentes regulados, com vistas à sugerir comportamentos.

O comprometimento com o *compliance* empresarial poderá conduzir ao cumprimento espontâneo de indicações e/ou incentivos a práticas corporativas. A CVM já adotou esse sistema que se denomina *comply or explain*, no que tange à questões de práticas ambientais para empresas listadas em B3, nesse caso, o marco legal é a Instrução Normativa 586 da CVM, publicada em junho de 2017 e que introduziu o Código Brasileiro de Governança Corporativa, para incrementar os níveis de aderência no longo prazo, bem como trazer à luz as devidas explicações pela não aderência às práticas recomendadas, inclusive as práticas de gestão de risco, que apontam para o nível de apetite ao risco que as cias. apresentam.

Muito embora no Brasil esse princípio tenha sido inserido recentemente, já era regra geral para os membros da UE, por meio da Diretiva 2006/46/EC<sup>130</sup>:

<sup>130</sup> BARRETO, Joana Cabral de Barbosa Tinoco. *Comply or Explain* nos Códigos de Governo das Sociedades in

os códigos de governo societário são auxiliados na sua eficácia pelo mecanismo do *comply or explain*. Vários são os meios utilizados para a implementação desse mecanismo: previsão no próprio código de governação societária, previsão em regras legais ou regulamentares e prescrição pelas regras das bolsas de valores locais. Em Portugal, esse dever de informar sobre o acatamento das disposições do código de governo societário (independentemente de ser o emitido pela CMVM<sup>131</sup> ou código equivalente emitido por outra(s) entidade(s)) consta do Artigo 2.º relativo à comunicação e divulgação de informação sobre a estrutura e as práticas de governo das sociedades.

A análise econômica, nesse sentido, pode ser utilizada como instrumental para compreender e avaliar como a prática de incentivos estabelecidos por regras, que sugerem comportamentos, atuam na prática. Desse modo, os agentes econômicos que tem interesse em estar no mercado e dimensionar os custos que envolvem seus atos e avaliar os benefícios que podem alcançar, deverão se conduzir nesse sentido.

Essa prática demonstra que os agentes econômicos em sua atuação no mercado precisam informar e cumprir seus Estatutos e o Código de Governança Corporativa, de forma a cumprir os princípios de boa governança, em especial, aquelas que estão listadas em B3, mas que se pretende que cias. fechadas também disponibilizem suas informações o que já está sendo incentivado.

Desse modo percebe-se que não há somente regras impositivas no ambiente regulado, mas também outras tantas que

---

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10552/1/TESE.pdf>, acesso em 28/10/2022.

<sup>131</sup> Regulamento da CMVM n. 1/2010 Governo das Sociedades Cotadas, artigo 2.º e Anexo I. Disponível em: <http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/regulamento12010governodassocied adescotadas.pdf> acesso em 28/20/2022.

indicam e recomendam práticas e atos, apontando para a introdução de *soft law*, o que pode ser bastante saudável para o contexto mais maduro do mercado regulado nacional.

Por outro lado, há obrigações a serem seguidas por parte dos agentes reguladores, que ultrapassam suas originárias atribuições, e que consiste na análise prévia a adoção de regras, é o que se denomina de Análise de Impacto Regulatório, introduzida pela Lei 13.874/19, cuja regulamentação se deu por meio do Decreto 10.411/19.

Ainda a CVM nessa análise, em sua agenda Regulatória para o ano de 2.022 inclui uma série de temas, dentre eles o Marco Legal das *Startups*, no que tange a Análise de Impacto Regulatório, mas também a revisão e a consolidação de normas, em observância ao Decreto 10.139/19.

Segundo o entendimento do Ministério da Economia<sup>132</sup>:

Assim, a AIR parte do entendimento de um problema e, a partir daí, na identificação das opções para atacá-lo e na investigação dos prováveis efeitos positivos e negativos dessas opções, com o objetivo de permitir a decisão mais adequada, a partir das melhores informações disponíveis.

Reconhecida internacionalmente como boa prática, a utilização de AIR é recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>133</sup>, que é pioneira no tratamento de questões afetas à melhoria regulatória.

---

<sup>132</sup> <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/o-que-e-air>, acesso em 10/09/2022.

<sup>133</sup> A OCDE é um organismo internacional cujo foco de atuação é a melhoria da governança global por meio da promoção do diálogo colaborativo. Em resumo, é um think tank de boas práticas nos mais variados campos de política pública,

A Recomendação da OCDE de 1995 propõe uma série de perguntas, um *checklist* para a tomada de decisão no âmbito regulatório, com vistas à identificação dos benefícios em relação aos custos envolvidos, sendo que, mais tarde, em 2012 recomendou, de modo expresso, que a AIR fosse adotada. Destaque-se que a OCDE atua como *soft power*, não havendo obrigação direta à observância de suas recomendações, mas constrangimento moral por meio da “pressão dos pares”, inclusive utilizando-se de revisões periódicas entre os pares.

A AIR deve ser realizada sempre que um problema identificado demandar solução que envolva uma mudança no ambiente regulatório ou impacte direitos ou obrigações dos agentes econômicos e/ou cidadãos<sup>134</sup>.

O que se percebe com todas essas proposições e iniciativas é que realmente existe um inchaço normativo e que precisa ser melhor orientado para o futuro, mas também revisto e consolidado no repositório normativo.

Outro exemplo pertinente à indução do comportamento pode ser encontrado no saneamento básico, trata-se do modelo de regulação *Sunshine*, também denominada de Regulação por Exposição Aplicada - RAE, que consiste numa regulação que expõe o prestador de serviços ao público, ao divulgar sua performance e os resultados de seu desempenho. Destaque-se que na Europa é utilizada como uma técnica denominada *name and shame* e que tem por escopo a geração de

---

inclusive no da política regulatória, em que a Organização é pioneira em temas afetos à melhoria regulatória. <https://extranet.economia.gov.br/wp-content/uploads/2020/10/Brasil-OCDE-e-analise-de-impacto-regulatorio.pdf>, acesso em 10/09/2022.

<sup>134</sup> Guia de Boas Práticas Regulatórias; [https://www.gov.br/agricultura/pt-br/mailling/documentos/sda\\_guiaboaspraticas\\_jul2019\\_anexo.pdf](https://www.gov.br/agricultura/pt-br/mailling/documentos/sda_guiaboaspraticas_jul2019_anexo.pdf), acesso em 10/09/2022.

*competição, de modo saudável entre os agentes econômicos, que prestam serviços ao público.*<sup>135</sup>

Portanto, diante de tantos efeitos maléficos decorrentes do inchaço normativo, em função de uma proliferação desmedida de regras, com o intuito imediato de solução de problemas, sem uma reflexão prévia, requer a implementação de um novo modelo de intervenção estatal, que se denomina *softregulation*. Contudo, claro está que não se trata de um problema exclusivo do Brasil, como se pode perceber dos diversos estudos, em nível mundial, e movimentos engendrados por órgãos como a OCDE, mas algo que precisa ser repensado.

Na atualidade, a atuação da Administração Pública, notadamente no seu papel de agente regulador deve se pautar no que se denomina Administração de resultados, que segundo Saddy<sup>136</sup>

A busca por resultados, portanto, passa a ser uma preocupação constante da Administração. Ela deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos. Além de se ocupar do processo de decisão, a Administração passou a preocupar-se com o resultado do decidido e a mensurar se a ordem dos fatos reproduz satisfatoriamente o disposto na ordem jurídica.

A Administração de resultados vincula-se à eficácia econômica, mas não somente à isso, pois tem como norte fatores como a transparência, a adequação quanto ao tempo de resposta e a

---

<sup>135</sup> DE WITTE, Kristof; SAAL, David. *Is a little sunshine all we need? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector.* *Journal of Regulatory Economics*, v. 37, 2010, p. 239.

<sup>136</sup> SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52 Número 206 abr./jun. 2015, p. 168.

qualidade dessa resposta, sem olvidar a quantidade de regras por ela emitidas.

Ainda em linha com Saddy<sup>137</sup>, “entre os muitos mecanismos hoje utilizados pela Administração para auferir o resultado desejado, tem-se a regulação consensual, denominada por alguns de regulação fraca (*soft-regulation*)”.

A administração de resultados, também se demonstra como benéfica, portanto quando se trata de regulação consensual, na qual há a participação efetiva do agente regulado e que pode ser mais eficaz do que sanções administrativas.

Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>138</sup> ao abordar o princípio da consensualidade na Administração assim disserta:

Quanto ao princípio da consensualidade, sua aplicação leva à substituição, sempre que possível, da imperatividade pelo consenso nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atual em diversas formas de parceria com o Estado.

Apesar de todo esse entendimento não ser, propriamente, tão recente a mudança de paradigma precisa de tempo para ser maturado, tanto por parte da Administração Pública, como também por parte do administrado e regulado. Na verdade, a precitada mudança requer a conscientização dos papéis de cada um dos envolvidos, gerando o compromisso efetivo do aperfeiçoamento dessa relação, citando Diogo de Figueiredo<sup>139</sup>: “mentalidade, não se

<sup>137</sup> Idem, p. 169.

<sup>138</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 26.

<sup>139</sup> Idem, p. 34.

muda por decreto, nem por lei, nem emenda; a efetividade social da norma posta é função do aprimoramento da cidadania e do civismo”.

Como já pontuado, a maturidade deve ser obtida por ambos os agentes e a interação entre administrado, sociedade e Estado é indispensável para que as mudanças ocorram e sejam frutíferas.

Destaque-se, por oportuno, Saddy<sup>140</sup>:

A regulação pode ser classificada quanto à intensidade. Nesses casos, ela poderá ser tida como uma regulação fraca que envolve o *soft law*, externada por meio de recomendações e incentivos à conduta das pessoas privadas, de modo a atingir consensualmente os objetivos da entidade reguladora (fomento, contratos, convênios etc.) ou poderá ser vista como forte ao implicar a edição autoritária de ordens e injunções aos regulados, disciplinando coativamente o seu comportamento (*hard law*).

A consensualidade seria o caminho do meio, galgada em *softregulation*, pois a sua utilização deverá estar prevista no marco legal, mas também nos paradigmas atuais, em função da demonstração do resultado eficaz, não se trata de ser regramento forte ou fraco, mas antes, imperativo e, em muitos casos, inflexível, o que, diga-se de passagem não tem mais lugar nessa relação, ou consensual e participativo, não se admitindo, contudo, que seja uma forma de isentar a Administração Pública de sua tarefa de alcançar a proteção do interesse público, mas a adoção de medidas, tais como: o Termo de Ajustamento de Conduta, ao invés de, simplesmente, aplicar

<sup>140</sup> Op. cit., p. 169.

pesadas multas, pode ser mais eficiente, tanto no curto quanto no médio prazo, em função do percurso percorrido.

A urgência de medidas nesse sentido requer alocação mais eficiente de recursos, com o intuito de evitar grande oneração em unidades produtivas, por conta de uma suposta arbitrariedade excessiva em modelos sancionatórios ou burocráticos, estes, capazes de comprometer a estabilidade de atores econômicos<sup>141</sup>.

### Considerações Finais

Inegavelmente, a busca por novos padrões a serem adotados no ambiente regulado requer do administrador-regulador sintonia com a sociedade, pois os antigos paradigmas, já se demonstraram pouco eficientes e a manutenção desses sistemas não atende ao interesse público, que permeia a função do Estado.

O verdadeiro compromisso do Estado, quando se trata de regulação deve ser entregar ao administrado a resposta que ele busca, portanto, a administração de resultados e em função de resposta eficiente na tomada de decisão, tanto na função normativa como na sancionatória precisa ser implementada.

O nível de maturidade do ambiente regulatório é, infinitamente, superior ao do momento em que a regulação e, as Agências Reguladoras, foram introduzidas no Brasil, portanto, não se trata de abrir mão de princípios seculares do Direito Administrativo, mas obtemperá-los com os novos padrões e interesses que permeiam

<sup>141</sup> MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa e DINIZ, Erick Sobral. Regulação, Precaução e Mercado: consensualidade público-privada e crescimento econômico sustentável in Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, Ibmecc 2019; [www.even3.com.br/Anais/mpct2019/150770](http://www.even3.com.br/Anais/mpct2019/150770).

as relações, daí que dimensionar e discernir entre os custos sociais envolvidos e os benefícios trazidos, devem fazer parte das reflexões do administrador, em qualquer nível ou ambiente.

Imprescindível que esteja presente a segurança regulatória para que investimentos externos diretos se façam, em especial, no setor de infraestrutura, o Brasil precisa demonstrar sua maturidade para que essa atração se concretize.

A sociedade mudou e o Estado precisa se transformar para alcançar e satisfazer as demandas trazidas por uma verdadeira revolução denominada Indústria 4.0, o fenômeno digital não é mais um processo de transição, mas uma nova Era e o país não pode estar desconectado, não se admitindo o enraigamento à padrões ultrapassados e excessivamente burocráticos.

### Referências

BARRETO, Joana Cabral de Barbosa Tinoco. *Comply or Explain* nos Códigos de Governo das Sociedades in <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10552/1/TESE.pdf>, acesso em 28/10/2022

BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. Great Britain: Sage Publication. 1992.

DINIZ, Erick; MARSHALL, Carla; LAGASSI, Verônica. Recursos minerais, regulação e governança administrativa. Anais do III Encontro Nacional sobre Estado Administrativo: Autorregulação, Plataformas Virtuais e Inteligência Artificial no Planejamento de Mercados Complexos. Plataforma Even3, Rio de Janeiro, 2018.

FRANKLIN, Marcos Antonio, KENSKI, Victor Wolowski e POPADIUK, Silvio. Modelo Racional de Tomada de Decisões e seus Pressupostos *in* Revista de Administração da UNIMEP. v.9, n.3, Setembro/Dezembro–2011.

<https://www.redalyc.org/pdf/2737/273721469007.pdf> acesso em 28/10/22

GIDDENS, Anthony et alli. *Modernización Reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. 4º ed. rev. atual. Trad.: FIGUEIREDO, Alexandra; BALTAZAR, Ana Patrícia Duarte; SILVA, Catarina Lorga da; MATOS, Patrícia; GIL, Vasco. Coordenação e revisão científica. SOBRAL, José Manuel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

LOUSADA, Mariana; VALENTIM, Marta Ligia Pomim. Modelos de tomada de decisão e sua relação com a informação orgânica. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v.16, n.1, p.147-164, jan./mar. 2011, <https://www.scielo.br/j/pci/a/t8XnmBCGfRGYpm9YQh4CKFh/?format=pdf> acesso em 28/10/2022.

MARSHALL, Carla. *Direito Constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa e DINIZ, Erick Sobral. Regulação, Prevenção e Mercado: consensualidade público-privada e crescimento econômico sustentável *in* Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, Ibmecc 2019; [www.even3.com.br/Anais/mpct2019/150770](http://www.even3.com.br/Anais/mpct2019/150770).

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa; LAGASSI, Veronica. Alianças Estratégicas em tempos de crise: a busca por maior competitividade. CONPEDI – XXVII Congresso Nacional de Porto Alegre, 2018; [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)

MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. *Administração Pública e Gestão Social*, vol. 2, jul. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO JUNIOR, Helder Q.; PIRES, Melissa Cristina Pinto. Assimetria de Informações e Problemas Regulatórios <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-contenido/notas-e-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/arquivos/2000/nota-tecnica-9-2000.pdf>, acesso em 28/10/2022.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios *in* Revista de Informação Legislativa, Ano 52 Número 206 abr./jun. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WITTE, Kristof de; SAAL, David. *Is a little sunshine all we need? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector. Journal of Regulatory Economics*, v. 37, 2010.

## DIREITO À INFORMAÇÃO TRIBUTÁRIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

### **Soniárlei Vieira Leite**

Doutorando em Direito (PPGDIN UFF); Doutor em Psicologia (Universidade Salgado de Oliveira); Mestre em Direito (Universidade Estácio de Sá). Bacharel em Direito (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). [soniarlei\\_leite@id.uff.br](mailto:soniarlei_leite@id.uff.br)

### **Edson Alvisi Neves**

Doutor em Direito (Universidade do Vigo – Espanha); Doutor em História Social (Universidade Federal Fluminense); Mestre em Direito (Universidade Gama Filho). Bacharel em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro). [edsonalvisi@id.uff.br](mailto:edsonalvisi@id.uff.br)

### **Plínio Lacerda Martins**

Doutor em Direito (Universidade Federal Fluminense); Mestre em Direito (Universidade Gama Filho). Bacharel em Direito (Universidade Cândido Mendes). [pliniolacerd@id.uff.br](mailto:pliniolacerd@id.uff.br)

### Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o direito à informação tributária nas relações de consumo, especialmente com o advento da Lei 12.741 de 2012. Ressalta a importância da legislação e sua efetiva implementação como mecanismo fundamental à transparência fiscal em um Estado Democrático de Direito. A democracia depende para sua evolução, desde a Antiguidade, do fenômeno da publicidade, pois se trata de uma construção eminentemente política. A lei de transparência fiscal fortaleceu a democracia na República brasileira, com significativa ampliação dos poderes de controle e fiscalização do cidadão, contribuinte e consumidor, merecendo destaque o acompanhamento das atividades estatais concernentes aos gastos públicos e a forma como se dá a incidência tributária sobre as relações de consumo.

Palavras-chave: Incidência tributária. Consumo. Democracia. Transparência fiscal.

## 1 Introdução

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê como direito básico do consumidor a obtenção de informação adequada sobre diferentes produtos e serviços, como a especificação correta de quantidade, as características, a composição, a qualidade, os tributos incidentes e o preço, incluindo os eventuais riscos que tais produtos ou serviços. Não há dúvida de que este país ostenta uma das maiores cargas tributárias no mercado global. Lamentavelmente, o povo brasileiro, em sua maioria, não tem conhecimento acerca das questões relativas às finanças públicas e, especialmente, sobre a incidência dos tributos nas variadas operações e atividades cotidianas. Raras são as pessoas que têm consciência e efetivo conhecimento do peso que o Estado possui no seu dia a dia; o que fica claro no âmbito de sua participação no orçamento e na vida financeira das pessoas em geral.

A complexidade técnica sobrepuja a capacidade de compreensão do cidadão comum, porquanto a poderosa arrecadação tributária é camuflada pelos incontáveis tributos inclusos na quase totalidade dos produtos e mercadorias adquiridos e comercializados diuturnamente, independente do grau de essencialidade deles. A arrecadação no Brasil bate recordes a cada ano. Daí a relevância de preservar o direito à informação do cidadão e contribuinte acerca, especialmente, dos chamados tributos indiretos que incidem fortemente nas relações de consumo.

Inúmeros produtos, mercadorias e serviços são negociados no cenário global, não sendo incomum o total desconhecimento do quanto isso representa para os cofres públicos, assim como sua representatividade no sacrifício traduzido para empresas e cidadãos. A transparência tem se mostrado necessária no mundo

contemporâneo em que o Estado Brasileiro está inserido, fundamentalmente na atividade governamental quando atua como ente fiscal. No espectro da incidência tributária, o objetivo deste artigo está na análise, sob a ótica do consumidor, do peso efetivo da tributação incidente sobre as mercadorias, produtos e serviços no mercado brasileiro.

Como vivemos uma economia de mercado, não há cidadão que não vivencie a condição de consumidor. É evidente que esta condição consumerista é um dos aspectos fundamentais na vida de qualquer cidadão brasileiro, uma vez que não há hipótese de se evitar o consumo. A necessidade de consumir ocorre diariamente, desde o consumo de gêneros de primeira necessidade (alimentos, moradia, medicamentos, dentre tantos outros) até o consumo de bens de maior sofisticação. Inexiste a alternativa de não consumir.

A tributação sempre traduziu a real interferência do Estado na economia. E esta interferência representa a necessidade e/ou interesse no exercício do que chamamos de fiscalidade e extrafiscalidade. O poder tributário se tornou tão eloquente que passou a justificar, remotamente, a ingerência estatal sobre o direito fundamental da propriedade; o que se observa historicamente com o fim do absolutismo. Resulta daí, portanto, a publicidade como importante momento de divulgação dos atos representativos da ação fiscal do Estado, no sentido da tão comentada transparência fiscal. Significa o direito do cidadão à informação, mas também a clara demonstração de ampla representatividade e de clareza de um Estado democrático. A publicidade é um fenômeno antigo na construção da política. Os antigos deram inúmeras demonstrações da importância da divulgação dos atos estatais com clareza e assertividade. A conceituação de democracia implica observar o Estado como um ente que se preocupa com princípios e valores jurídicos e políticos, mas também com os valores eminentemente éticos. Basta verificar os dispositivos da Constituição da República para confirmar que o

constituente de 1988 se preocupou com a questão da transparência na atuação estatal.

## 2 Publicidade e transparência fiscal como exercício democrático

Publicidade e transparência são princípios complementares. O princípio da publicidade tecnicamente se refere à ampla divulgação das contas públicas pelos meios oficiais, com o objetivo de garantir a todos o livre acesso ao seu teor. Por sua vez, o princípio da transparência se relaciona ao seu conteúdo, evitando previsões equivocadas, despesas obscuras, renúncias fiscais questionáveis que possam representar ardis e interesses outros.

A transparência fiscal não pode ser vista exclusivamente sob a ótica do acesso à informação e seu conteúdo, mas seu conceito deve ser compreendido de maneira mais abrangente, abarcando outros elementos tais como responsividade, combate à corrupção, prestação de serviços públicos, confiança, clareza e simplicidade. A transparência fiscal é fundamental instrumento que possibilita o pleno exercício da cidadania na seara financeira pelos integrantes da sociedade brasileira, tendo na educação fiscal importante política de conscientização dos direitos e deveres de cada um.

Não se pode perder de vista que o Estado democrático de direito é um princípio político-constitucional fundamental autoaplicável e a necessária legitimidade do poder como sendo emanado do povo são pilares da nossa Constituição. Consequentemente, após a Constituição da República de 1988, normas jurídicas infraconstitucionais novas que possibilitem maior densidade prática da transparência nas discussões do enfrentamento da questão fiscal limitam verdadeiramente o poder de tributar e

restringem corretamente o segredo na esfera pública que, em regra, se contrapõe ao Estado democrático.

Observamos, nas duas últimas décadas o surgimento da Lei de Acesso a Informações (12.527/11) e a lei de esclarecimento quanto à carga tributária incidente sobre mercadorias e serviços (12.741/12), evidenciando a transparência fiscal e o controle social da atuação estatal no exercício do poder de tributar. Estes diplomas legais obrigam que os documentos fiscais destaquem o valor do tributo incidente na operação de compra com a fundamental informação relativa ao valor aproximado dos tributos federais, estaduais e municipais que influem na formação dos preços e, ainda, determinam que se criem canais de comunicação entre o fisco e os contribuintes ou responsáveis tributários. Estas normas infraconstitucionais passaram a contribuir expressivamente para dar relevo à publicidade da gestão administrativa fiscal, porquanto os dados tributários interessam não só a sociedade, mas, também, aos que são responsáveis pela identificação e limitação do efeito confiscatório dos tributos em suas incidências, em sintonia com a Constituição e com os princípios republicanas. Importante a viabilização do controle e fiscalização por parte também do cidadão brasileiro.

### 2.1 A imprescindibilidade dos princípios democráticos: publicidade e transparência

Os princípios democráticos e republicanos rechaçam a manutenção de expedientes ocultos no que tange ao funcionamento da máquina estatal em suas mais variadas vertentes. É fundamental fortalecer a democracia em bases essencialmente republicanas e transparentes. A democracia é a melhor forma de disposição do povo para governar a si mesmo enquanto grupo organizado. Em contraposição, tiranias com nefastas tendências e denominações tentaram e tentam se

autolegitimar com jogos de palavras supostamente democráticas. Democracia é o governo do povo, para o povo e apesar de não ter ainda havido na história da humanidade um poder organizado que seja efetiva e plenamente democrático (na sua perfeição), não se pode desconsiderar a ideia de que do povo e somente dele emana o poder de um Estado Democrático (BONAVIDES, 2008).

Os princípios democráticos são tema que diz respeito diretamente ao Direito, pois é sabido que optamos por viver em um Estado Democrático de Direito em expressão literal do texto constitucional. O Estado brasileiro é caracterizado pela economia de mercado e livre iniciativa, embora preocupado com o respeito ao arcabouço de direitos sociais e aos direitos humanos que espelham na democracia a sua legitimidade. A democracia evoluiu a partir de sua adaptação no seio da sociedade, de acordo com os contextos históricos em que se insere. Essa evolução se deu e se até os dias atuais. Sua origem grega não pode ser desprezada para a inteireza de sua compreensão moderna e influência atual sobre os cidadãos.

A democracia corresponde ao sistema que mais se aproximou daquilo que é mais viável para o povo, quando comparado a outros regimes, pelo fato de acatar, dentre outros: a liberdade de expressão, o direito de voto, a organização política da sociedade civil. A democracia assegura direitos, liberdades e oportunidades para a verdadeira participação do povo nas decisões políticas (DAHL, 2012). Este mesmo autor trata do surgimento do Estado com a análise de sua gênese em Roma e Grécia, com a perspectiva histórica de que a democracia surge em variados contextos que possuem entre si correlações, sendo certo que na democracia grega se observam os maiores avanços para a história da democracia. No século V a.C. surgem importantes transformações para as instituições políticas; talvez as mais significativas no que tange à influência que geraram para as democracias modernas.

A democracia grega se constituiu de cidades-estados que não eram, a princípio, democráticas. A sua organização sistemática foi que provocou a possibilidade de pessoas livres ingressarem nas polis e participar de forma direta das decisões de governo. Isso gerou uma nova forma de entender o então sistema político, permitindo a constituição de novas instituições sob uma nova perspectiva. Houve ali o fortalecimento de um embrião para conceitos tão importantes como a igualdade perante e de acordo com a lei. Daí nasce a isonomia observada para falar na Assembleia, ratificando um novo espaço de participação do povo no ambiente político.

O conceito de democracia em Atenas, onde surgiu, os cidadãos foram paulatinamente sendo aceitos como autoridade legítima no governo. O povo adquire espaço fundamental para que se estabeleça o autogoverno, sendo a expressão democracia (demo – povo; kratos – governar) a mais adequada para representar o sistema político em formação (DAHL, 2012). A natureza da democracia grega é a de ter uma *polis*, uma cidade onde todos os cidadãos podiam se reunir em assembleia e agir como governantes da cidade; o que levaria os cidadãos a se conhecerem para haver a efetividade da participação direta. A democracia ateniense se guiava pela ordem social, pois o sentido grego de democracia predizia um cidadão íntegro, para quem a política era uma atividade social e esta atividade era extensão de sua própria vida. Hoje, entende-se que a realidade da vida e dos valores gregos não correspondem ao ideal almejado de democracia, mas não resta dúvida de sua importância de sua compreensão para a atualidade (HEGEL, G. W. F. P., 2003).

Tendo em vista a modernidade, em uma visão atual de democracia, havia limitações práticas no contexto grego, uma vez que a teoria ideal democrática não coadunava com a prática do bem comum pretendida pela democracia. Não havia de fato igualdade jurídica entre os cidadãos, seja na exigência de vínculos de parentesco

e afeto que não correspondiam ao bem comum (cidadania era uma sucessão hereditária) ou na liberdade que era condição de participação política. A liberdade, portanto, pode ser vista sob o plano político e sob o plano individual. Neste sentido, analisando as diferenças, quando se fala em democracia grega, falamos de uma democracia específica, pois se tratava de uma democracia com participação direta, voltada para o cidadão grego; o que é diferente da visão dos modernos consistente em uma suposição abstrata (CONSTANT, 2008).

Democracia é o regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres (DUVERGER, 1970). Apesar de não estar errado, modernamente não se pode compreender a democracia unicamente como um processo político em que os cidadãos escolhem, periodicamente, aqueles que ocuparão as principais funções estatais. A democracia surgiu nas Cidades-Estados gregas da antiguidade, tendo seu ápice em Atenas. Os homens da Grécia antiga tinham em suas cidades praças públicas (Ágora), locais em que a soberania era exercida pelos que possuíam o status de cidadão. Nessas assembleias, os gregos se dedicavam à vida pública, onde todas as funções estatais eram exercidas e debatidas de forma direta pelos homens. Mas, apesar desse avanço político, a democracia grega era um caso ímpar dentre os povos e civilizações da antiguidade, pois não era um modelo perfeito.

A democracia moderna vê na escravidão a crítica à democracia dos antigos. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilégio de minoria de homens livres apoiados na maioria de homens escravos. Sendo assim, não haveria verdadeira democracia na Grécia antiga, mas sim uma aristocracia democrática; o que é paradoxal. Com efeito, disse Hegel que o Oriente fora a liberdade de um só, a Grécia e Roma a liberdade de alguns, e o mundo germânico, ou seja, o mundo moderno, a liberdade de todos (BONAVIDES, 2010).

A base social escravizada permitia ao cidadão se dedicar de forma integral aos assuntos públicos. Assim, pôde o homem da Cidade-Estado perceber a importância que tinha sua própria integração à vida política, sobretudo para fins de preservação da soberania frente aos inimigos, fossem eles estrangeiros ou inimigos internos. A democracia antiga possuía alguns pressupostos básicos, valendo destacar primeiramente a isonomia, que consiste na ideia de que todos os cidadãos são iguais perante a lei, sem distinções, sobretudo a riqueza não poderia ser considerada fator a conferir privilégios estatais (BONAVIDES, 2010). A Cidade-Estado, por meio dos representantes escolhidos, deveria dispensar igual tratamento a todos, punindo os infratores da ordem jurídica de modo a não conferir foro privilegiado a nenhum de seus cidadãos.

Outro aspecto a ser destacado era a isotimia, que consistiu num desdobramento lógico da isonomia. Na Grécia todos os cidadãos tinham acesso às funções de Estado em igualdade de condições com seus pares, ou seja, restavam abolidos os títulos e as funções hereditárias. Para ter acesso a uma função pública, bastava a confiança depositada pelos demais membros da comunidade, sem requisitos outros que não os méritos pessoais. Outro importante alicerce da democracia grega foi o destaque dado à palavra. A isagoria consistia no direito que o cidadão possuía de exprimir seus pensamentos perante as assembleias. A todos era assegurado opinar sobre a coisa pública. A palavra se projetou como aspecto essencial na política grega da antiguidade e isso implicava o sistema da polis com a preeminência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder. Torna-se o instrumento político por excelência, a chave de toda autoridade no Estado, o meio de comando e de domínio sobre outrem. A palavra não é mais o termo ritual, a fórmula justa, mas o debate contraditório, a discussão e a argumentação (VERNANT, 2011).

A arte política é essencialmente exercício da linguagem. Não teria sentido a existência de um aparato jurídico grego se os atos emanados pelas Cidades-Estados não se dessem de forma

transparente aos cidadãos, se o Estado não agisse com o intuito de assegurar a real participação do povo na gestão da coisa pública. A publicidade dos atos emanados pelo Estado como fundamento da democracia grega surge entre os séculos VIII e VII a.C. Na *polis* a publicidade é dada às manifestações mais importantes da vida social. A polis existe apenas na medida em que se distingue um domínio público, nos dois sentidos diferentes, mas solidários do termo: um setor de interesse comum, opondo-se aos assuntos privados; práticas abertas, estabelecidas em pleno dia, opondo-se a processos secretos. Essa exigência de publicidade conduz ao proveito do grupo e a colocar sob o olhar de todos o conjunto das condutas, dos processos e dos conhecimentos (VERNANT, 2011).

A democracia é um sistema que pressupõe atuação visível do aparelho estatal. O funcionamento de um governo democrático depende de permanente controle pela opinião pública. Os regimes autoritários atuam de modo a se furtarem ao máximo da atenção de seu povo, com o fim de assegurar sua ilegítima manutenção no exercício do poder político. O poder autocrático se subtrai do controle do público de dois modos: tomando as decisões em segredo e mediante o exercício da simulação, considerada instrumento lícito de governo (BOBBIO, 2015).

Quanto maior visibilidade for dada ao funcionamento estatal, maior o grau de desenvolvimento democrático do Estado. Como regra, a publicidade se apresenta como aspecto essencial de um estado verdadeiramente democrático. Desde o século XVIII, período do Iluminismo e das grandes revoluções, não se compreendia a democracia apenas como um sistema de regular exercício do voto. Portanto, viver em uma sociedade democrática pressupõe não apenas a escolha de representantes, mas também estar sob a proteção de um Estado soberano que possui diretrizes básicas de caráter axiológico, normalmente positivadas na Constituição. Atualmente, a definição de democracia consiste também em compreender o Estado como um ente orientado por valores e princípios éticos, jurídicos e políticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil possui alguns dispositivos que expressamente determinam a publicidade na atuação estatal, tais como: o inciso LX do artigo 5º, o caput do artigo 37, inciso IV do § 1º do artigo 225 e inciso IX do § 1º do artigo 216-A. O Brasil passou por vários períodos ditatoriais, tendo como frequentes consequências o abuso do poder político e a supressão de direitos fundamentais. Com essa preocupação, o constituinte originário julgou necessário deixar expresso que a publicidade será a regra para os atos emanados pelo poder público, vinculando todos os poderes e todos os entes federados, nos termos da Carta Política, estabelecendo que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

### 3. Incidência tributária nas relações de consumo

Nosso país possui três bases principais de incidência tributária: renda, patrimônio e consumo. Entre elas, é o consumo que responde pela maior parte do produto da arrecadação tributária. Do total da carga tributária brasileira, os tributos incidentes sobre consumo representam aproximadamente 68 %. Nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), esse indicador representa aproximadamente 30 % da carga tributária. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013).

Como se sabe, ocorre o repasse dos tributos incidentes sobre produtos e serviços ao preço final destes, logo quem arca com referido ônus é o consumidor; fenômeno conhecido como tributação indireta. O fornecedor é o contribuinte de direito, aquele que formalmente se localiza no polo passivo da obrigação tributária, responsável pelos fatos geradores dos tributos, mas em razão da incorporação dos tributos ao preço final do produto ou serviço, tem-se verdadeiramente o consumidor como o contribuinte de fato. Os principais tributos incidentes são: Imposto Sobre Serviços (ISS),

Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Há outros tributos, entretanto, que também incidem sobre a comercialização de produtos e serviços no Brasil, tais como: Imposto sobre Operações Financeiras (IOF); Contribuição Social para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); e Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

A competência para instituir o ICMS é dos Estados e do Distrito Federal. Os principais fatos geradores do imposto são as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (Art. 1º da Lei Complementar no 87/1996). O consumidor, pessoa que não tem intuito comercial, mas como destinatário final do produto ou serviço, no Brasil será direta e formalmente contribuinte do ICMS nas seguintes situações: caso importe mercadorias ou bens do exterior; caso seja destinatário de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; caso adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados; e caso venha a adquirir lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização (parágrafo único do Art. 4º da LC no 87/1996).

É necessário ressaltar que o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo. Isso ficou configurado como o chamado “cálculo por dentro”. Ainda que seja legal, essa prática acaba por mascarar a verdadeira alíquota do imposto, que sempre supera a sua nominal, dificultando a transparência para a compreensão do peso efetivo do tributo no consumo final da mercadoria; o que configura espécie de aumento de alíquotas por via transversa (GASSEN; D’ARAÚJO; PAULINO, 2013).

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) é de competência da União Federal, nos termos do artigo 153 da Constituição da República. O fato gerador é alteração de natureza industrial de um bem (Decreto no 7.212/2010). O terceiro tributo com maiores representatividade sobre o consumo é o Imposto Sobre Serviços (ISS), sendo de competência dos municípios e do Distrito Federal, conforme dispõe o inciso III do artigo 156 da Constituição da República. O fato gerador é a prestação de serviços a terceiros, não alcançados pelo ICMS). A Lei Complementar no 116/2003 lista quais serviços em que há incidência do ISS. Dos três tributos mais relevantes (ISS, IPI e ICMS), este último, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, se mostra como o mais importante incidente sobre consumo e é o tributo responsável pelo maior volume de arrecadação tributária de todo o país.

Importante destacar o peso da carga tributária sobre o preço dos serviços e produtos no mercado. Em serviços e produtos essenciais, o percentual médio de incidência ultrapassa 40%, sendo mais expressivo nos eletrodomésticos, combustíveis, energia elétrica, pilhas e bateria. As incidências tributárias sobre o consumo são significativamente maiores quando comparadas àquelas aplicadas à tributação sobre a renda e o patrimônio. A transparência fiscal é questão necessária a qualquer eventual reforma tributária, que se encontra no texto constitucional.

Na cadeia da tributação indireta, os impostos sobre o consumo são incorporados ao preço final dos serviços e bens e, invariavelmente, são desconhecidos dos consumidores (contribuintes de fato), sem noção do impacto que isso representa. Esses impostos ficam camuflados, não ficando transparente a incidência para variados produtos e serviços e, conseqüentemente, não promovendo a formação social do cidadão e nem a sua conscientização acerca do que é arrecadado e de como esses recursos são empregados. Resta clara a importância do combate à pouca transparência observada nos dias de hoje (GASSEN; D’ARAÚJO; PAULINO, 2013). A sistemática dos

tributos que incidem sobre o patrimônio é bem mais objetiva e transparente. Basta observar as incidências do imposto de renda (IR), do imposto sobre veículos automotores (IPVA e do imposto predial e territorial urbano (IPTU). Na compra de um produto ou no recebimento de um serviço o consumidor geralmente não visualiza o custo dos tributos que estão integrados ao valor que pagou. É essencial que numa democracia os atos do Estado sejam, em regra, públicos.

#### 4. Direito à informação e transparência fiscal

A despeito da relevância dada ao tema nos últimos tempos, o que faz com que o conceito de transparência seja cada vez mais encontrado na literatura acadêmica, seu efetivo significado ainda permanece fluido, não configurando um conceito solidificado. Possui variações entre diferentes áreas de conhecimento. Isso se deve, parcialmente, ao fato de esse conceito ser usado em diferentes acepções relacionadas ao fluxo das informações. Uma boa definição que é invariavelmente citada nos estudos sobre o tema é apresentada a seguinte: Transparência fiscal é definida como o acesso do público à estrutura e às funções governamentais, aos seus planos de política fiscal, às suas contas públicas e de suas projeções. Trata-se de pronto acesso às informações das atividades governamentais de modo confiável, abrangente, oportuna, compreensiva e compreensível, de modo que o eleitorado e o mercado possam avaliar a situação financeira dos governos, bem como os custos e benefícios reais de suas atividades, incluindo as implicações sociais e econômicas no presente e no futuro. Não atentar para esse direito pode configurar um abuso de poder nas relações de consumo (LACERDA, 2002).

Nos deparamos hoje com a chamada “sociedade da informação”. Os sistemas e processos de comunicação estão cada vez mais conectados interligados pela comunicação que se dá de forma

imediate, instantaneamente. A rede global de computadores reduziu as distâncias e o poder dos dias atuais reside em ter acesso à informação, com dados, pesquisas e análises. A informação (dados) transformada em conhecimento é a moeda mais valiosa da atualidade. Ainda assim, a despeito de toda a tecnologia que isso representa, franquear à sociedade a transparência com o direito de informação adequado é um enorme desafio a vencer, tanto pelas instituições e empresas quanto pelo Estado. O direito à informação é um instrumento de transformação social porque tem o poder de promover a transparência da gestão pública e, conseqüentemente, aprimorar também os instrumentos democráticos. Na sociedade da informação, há uma demanda real de máxima divulgação, pois é fato que a sociedade tem interesse no conhecimento transparente dos dados e informações mantidos pelos órgãos públicos.

Desde a antiguidade, a publicidade se apresenta como pressuposto da democracia. A Constituição da República também assim se manifesta, pois é a dicção de seu artigo 37. Além disso, o próprio texto constitucional possui dispositivo que estabelece a garantia ao consumidor de conhecer a incidência tributária e quanto isso representa (peso tributário). O § 5º do artigo 150 assim se expressa: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. O Congresso Nacional regulamentou referido dispositivo com a edição da Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012.

Referida lei dispõe que, por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda. A lei de transparência fiscal também alterou o Código de Defesa do Consumidor (Lei no 8.078/1990), assegurando o conhecimento sobre os tributos incidentes sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado, nos termos abaixo, uma

vez que afirma que é direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

A lei ainda estabelece que, por ocasião da emissão de notas fiscais, os seguinte tributos devem ser contabilizados: Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS); Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF); Contribuição Social para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); e Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (CIDE).

No mesmo sentido, o decreto 8.264 de 5 de junho de 2014, que regulamentou a lei de transparência, em consonância e repetindo o texto legal, determinou que em caso de descumprimento de suas determinações, o infrator ficará sujeito às sanções administrativas do Código de Defesa do Consumidor, que podem ser as seguintes, conforme o caso, sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de

obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda.

As sanções previstas serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de suas atribuições, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo. A lei de transparência entrou em vigor efetivamente no ano de 2015, dando tempo à adaptação do mercado ao novo modelo. De acordo com a lei, a fiscalização é realizada pelos Programas Estaduais de Defesa do Consumidor. Regulamentou direito constitucional do consumidor e implicou fundamental progresso democrático.

## 6. Considerações Finais

Os gregos experimentaram um sistema político diverso de outros povos da antiguidade: a nossa tão desejada democracia. Esse regime construído pelos gregos permitiu aos homens ter amplo acesso às informações sobre o funcionamento do aparelho estatal, além de poderem participar ativa, direta e coletivamente das decisões proferidas pelo poder público, constituindo as bases do futuramente reconhecido berço da civilização ocidental. Para assegurar um governo democrático, os gregos possuíam aparato jurídico dos mais sofisticados para seu tempo. Dentre os dispositivos normativos assecuratórios da participação popular na gestão da coisa pública, destaca-se a ideia de publicidade como um pressuposto da própria democracia. A ausência de segredos, como regra geral, garantia aos cidadãos o controle dos atos emanados pelo Estado. A publicidade se revela assim como um dos alicerces da democracia.

O Brasil retornou à democracia em 1988 e adotou o princípio da publicidade no corpo de sua nova Constituição. Destaca-se, principalmente, como norma originária gravada na Carta Política a

prevista no § 5º do artigo 150, que determina que os consumidores devam ser esclarecidos sobre os tributos incidentes sobre as mercadorias e serviços disponíveis no mercado. O congresso nacional regulamentou o comando constitucional por meio da Lei no 12.741, de 8 de dezembro de 2012.

A legislação ainda é jovem e sujeita a diversas interpretações que sanearão pouco a pouco as dúvidas e obscuridades que já se apresentam. A implementação do consumidor brasileiro depende do conhecimento dos tributos incidentes sobre os bens e serviços adquiridos. Não há dúvida de sua importância para o fortalecimento dos princípios e valores democráticos. A legislação apresenta diretrizes imprescindíveis a fixação do árduo caminho a seguir para que a transparência fiscal seja uma realidade no Brasil. A expansão do processo é uma necessidade, porquanto instrumento a serviço do Estado Democrático de Direito.

Recuperar a confiança do Estado é imperativo e isso é tradução da aplicação dos recursos públicos, mas especialmente do controle da coisa pública, do dinheiro público e da atividade financeira do Estado. A boa condução da sociedade depende desse controle (CAVALCANTE; CAMURÇA, 2016). Apesar de seu cumprimento obrigatório desde 2015, ainda se verifica que muitas empresas continuam descumprindo a determinação legal, mesmo com a prorrogação, em mais de uma oportunidade, dos prazos para a adaptação do mercado. Para tanto, cumpre verificar os dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT.

A transparência fiscal é direito do cidadão, contribuinte e consumidor e, simultaneamente, dever do Estado. Para tanto, se faz necessário ampliar os poderes de fiscalização, pois não tem se mostrado eficaz a simples e objetiva determinação constitucional. As empresas devem cumprir a norma e esta deve ser firme ao punir aqueles que a infringem. O acesso à informação tem a relevância de

munir o consumidor de reais instrumentos de controle e a fiscalização das atividades dos órgãos públicos. A transparência não apenas possibilita conhecer, mas também convida à participação de espaços públicos e políticos (CAVALCANTE; CAMURÇA, 2016). A Lei no 12.741/2012 não é fruto apenas da determinação constitucional contida no § 5º do artigo 150, mas também nasceu pautada no princípio da publicidade, este que se revela como um alicerce da democracia. O direito do cidadão à informação sobre os tributos incidentes sobre o consumo representa importante conquista social e avanço democrático irreversível.

Finalmente, frise-se que ainda observamos significativo distanciamento entre o desejo da sociedade civil e a atuação governamental no sentido de fazer valer as diretrizes e determinações da lei. Informações são incipientes, denotando o baixo nível de transparência oferecido em todos os entes da federação; o que se mostra de grande semelhança ao que se enxerga no patrimonialismo dos Estados autoritários. Portanto, é crucial reforçar a necessidade da participação social na democracia brasileira.

## 7. Referências

BOBBIO, N. Democracia e segredo. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BONAVIDES, P. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, P. Ciência política. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAVALCANTE, D. L.; CAMURÇA, Eulália Emília Pinho. Lei da transparência fiscal: o direito à informação como direito fundamental. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (organizadores). Democracia e Direitos. Samuel Levy Pontes Braga Muniz e José Aldizio Pereira Júnior. Vol. 2, n. 2. Curitiba: Revista de Direito Tributário e Financeiro, 2016.

CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. São Paulo: Editora LPM, 2008.

DAHL, R. A democracia e seus críticos. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DUVERGER, M. Os partidos políticos. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

GASSEN, V.; D'ARAÚJO, P. J. S.; PAULINO, S. R. da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, 213-234, jul., 2013.

HEGEL, G. W. F. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOPITS, G.; CRAIG, J. Transparency in government operations. Washington, D.C.: International Monetary Fund, n. 158, 1998. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/op/158/op158.pdf>

MARTINS, P. L. O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

[MARTINS, Felipe Lacerda M.](#) ; [MARTINS, Plínio Lacerda.](#) Publicidade e o direito à intimidade no processo eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 10-25, 2015.

VERNANT, J. P. As origens do pensamento grego. 22ª ed. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2011.

## O SUPERENDIVIDAMENTO E O NEOLIBERALISMO NO BRASIL: O PERIGO DA POLÍTICA DE CONCESSÃO DE CRÉDITO DO GOVERNO FEDERAL EM 2022

**Plínio Martins Lacerda**

Doutor em Direito pela UFF Professor Associado da UFF. Coordenador do PPGDIN/UFF

**Rodrigo Lemes Martinez Torres**

Mestre em Direito pela UCAM, Professor da Universidade Estácio/RJ. Coordenador do Graduação em Direito e Relações Internacionais da Universidade Estácio de Sa/RJ.

**Telson Pires**

Mestre em Direito pela UGF, Doutorando do PPGDIN/UFF, Professor da Universidade Signorelli.

**RESUMO:** a presente pesquisa busca analisar o fenômeno do superendividamento e suas relações com as práticas neoliberais de economia praticadas pelo governo brasileiro durante o período do atual mandato, notadamente em relação à concessão de empréstimo consignado aos beneficiários do programa Auxílio Brasil. A incapacidade de honrar com o pagamento das dívidas é um problema social no Brasil que pode ser agravado com o pacote de benesses promovida pelo atual governo como ferramenta que possibilita sua reeleição. Nosso objetivo é pesquisar e analisar se a concessão de crédito consignado é capaz de reduzir a desigualdade social no Brasil

958

e a hipótese é que a concessão desse benefício para as famílias subsidiadas pelo governo pode agravar sua condição de superendividados. Com o referencial teórico depositado em Claudia Lima Marques, a metodologia utilizada será a pesquisa exploratória com suporte da pesquisa bibliográfica desde o método dialético.

**ABSTRACT:** this research seeks to analyze the phenomenon of over-indebtedness and its relations with the neoliberal economic practices practiced by the Brazilian government during the period of the current mandate, mainly in relation to the granting of the consigned contract to the beneficiaries of the program Auxílio Brasil. The inability to honor with the payment of debts is a social problem in Brazil that can be aggravated with the package of benefits promoted by the current government as a tool that allows its re-election. Our objective is to research and analyze whether payroll credit can reduce social inequality in Brazil and the hypothesis is that granting this benefit to government-subsidized families can aggravate their over-indebtedness. With the theoretical framework deposited in Claudia Lima Marques, the methodology used will be exploratory research supported by bibliographic research from the dialectical method.

## INTRODUÇÃO

O superendividamento é um fenômeno social que se caracteriza pela incapacidade do indivíduo de honrar com o pagamento de todas as dívidas que foi capaz de contrair. A professora Claudia Lima Marques<sup>142</sup>, junto com as pesquisadoras Clarissa Lima e Sophia Vial, compreendem o fenômeno como “a impossibilidade global do

<sup>142</sup> Referência nacional acerca do superendividamento, tendo inclusive contribuído para a recente reforma no Código de Defesa do Consumidor (Lei 14.181/2021).

959

devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)” (MARQUES; DE LIMA; VIAL, 2020).

Como um fenômeno social, o superendividamento é fruto de uma política de concessão de crédito ao cidadão, e representa apenas uma de muitas mudanças que o mundo experimentou ao longo da transição da Modernidade para a Pós-Modernidade, do século XX para o século XXI, de uma sociedade calcada em ideais mais concretos e duradouros, para uma sociedade líquida, que busca saciar seus anseios de maneira imediata, e que jaz nesse sistema, posto que ao alcançar o que queria, precisa satisfazer novamente sua nova vontade.<sup>143</sup>

Assim, ao tratarmos do consumo, impossível não associarmos hoje em dia o problema decorrente dele, que é endividamento desmedido, exacerbado, que muitos brasileiros e brasileiras acabam contraindo, prejudicando o desenvolvimento dele próprio e afetando, inclusive, a economia. Como apontou a Cartilha sobre o superendividamento do consumidor produzida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, “O endividamento excessivo é

<sup>143</sup> A transição para a pós-modernidade foi devidamente trabalhada por Jean-François Lyotard, que apontou que, neste novo cenário, o mundo haveria de experimentar a queda das certezas, das grandes narrativas, que passariam a serem questionadas e debatidas novamente (LYOTARD, 2009). Outros eventos também marcam esta mesma geração. Podemos destacar a vitória do capitalismo enquanto forma predominante de desenvolvimento da economia quando da queda do muro de Berlim (FUKUYAMA, 1992), a globalização da economia, da cultura, e a consequente perda de poder dos Estados nacionais frente às grandes corporações (FURTADO, 2002, 2016; GIDDENS, 2000; VAL; BARGIONA; ECCARD, 2019), bem como uma valorização da sociedade de consumo hiperconsumista que demanda maior produção, produz maior degradação e que sofre com maior endividamento (ADERALDO; AQUINO; SEVERIANO, 2020; BARBOSA; CAMPBELL, 2006; BEZERRA; SANTIAGO, 2017; REYMAO; DE OLIVEIRA, 2016; SILVA; FRANCO, 2012).

a grandedoença da sociedade de consumo e prevenir este fenômeno é o melhor caminho” (CNJ, 2022).

Este reconhecimento de que o superendividamento é, na realidade, uma doença social grave, que nos impulsiona a pesquisarmos como ele chegou a este ponto, e como o neoliberalismo econômico pode aprofundar os problemas sociais no Brasil, devendo, inclusive, questionarmos se eventuais políticas de concessão de crédito ainda são capazes de funcionar como fator de desenvolvimento social.

É com base nestas inquietações que a presente pesquisa foi desenvolvida em torno dos objetivos específicos, notadamente, identificar o fenômeno do superendividamento no Brasil; pesquisar as práticas econômicas do neoliberalismo estabelecidas hoje em nosso país; bem como compreender a influência delas para reduzir ou aumentar o endividamento sistêmico.

Assim, poderemos enfrentar a hipótese inicial que se traduz na suposição de que a concessão de crédito consignado para as famílias subsidiadas pelo governo federal pode agravar a condição de superendividados que alguns deles possam possuir.

Ao considerarmos os diferentes elementos a serem abordados, foi necessário utilizar a metodologia dialética, posto que nenhum fenômeno deve ser encarado de maneira isolada, conforme apontam Lakatos e Marconi:

para a dialética, as coisas não devem ser analisadas na qualidade de objetos fixos, mas em movimento: nenhuma coisa está acabada, encontrando-se sempre em vias de se transformar, desenvolver; o fim de um processo é sempre começo de outro. As coisas não existem isoladas, destacadas umas das outras independentes, mas como um todo unido, coerente. Tanto a natureza quanto a sociedade são compostas de objetos e fenômenos organicamente ligados entre si, dependendo uns dos outros e, ao mesmo tempo,

condicionando-se reciprocamente. (MARCONI; LAKATOS, 2017, p. 108)

O superendividamento não foi desenvolvido de maneira espontânea, ele é fruto de um comportamento hiperconsumista que é encontrado em diversas partes do mundo, como consequência do fenômeno da globalização, portanto, pelo método dialético fomos capazes de desenvolver a presente pesquisa a partir da compreensão de diferentes fenômenos que se interligam.

Assim, no próximo capítulo abordaremos o que é o superendividamento, como ele foi encarado no Brasil, desde a percepção da sociedade de que existia um problema social sem resposta adequada via direito positivo até o advento da lei 14.181/2021.

Em seguida, abordaremos a guinada ao neoliberalismo econômico que o país deu a partir da segunda metade da década passada, identificando as principais políticas que diminuíram os direitos dos cidadãos, e analisando suas relações com o possível agravamento da dívida pessoal de membros da sociedade.

## O SUPERENDIVIDAMENTO ENQUANTO FENÔMENO E COMO O BRASIL O ENFRENTA

O fenômeno do superendividamento, como apontado anteriormente, ocorre por diferentes fatores que vão desde um incentivo a um consumo cada vez maior, um hiperconsumo (LIPOVETSKY, 2007) oriundo de uma nova fase do capitalismo de

consumo, onde a economia colocou o consumidor como o centro de sua constante progressão; uma globalização multisetorial, onde os impactos na sociedade de consumo se estabelecem de acordo com a cultura propagada, hoje com o auxílio incontornável (mas queremos efetivamente contornar?) da sociedade em rede hiperconectada (CASTELLS, 1999; MAGRANI, 2019); e uma política de concessão crédito ao consumidor direto, incapaz de se contentar com um consumo consciente, que abarque apenas suas necessidades básicas, contrai diferentes dívidas para satisfazer cada novo anseio, transformando-se, na visão de Bauman, ele próprio uma mercadoria, e vivendo para o consumo (BAUMAN, 2008).

O incentivo a um consumo maior desponta no mundo na década de 80 do século passado (SLATER, 2002), e coincide com a “vitória” do capitalismo resultante do fim da guerra fria em 1989 (FUKUYAMA, 1992). A possibilidade de adquirir bens de consumo que até então não era possível fez com que a humanidade passasse a demandar maior produção de bens, e, conseqüentemente, também maior consumo de matérias primas, além de mão de obra para produzir. No Brasil, este fenômeno também foi alcançado, contudo, mais bem observado a partir da primeira década do século XXI (TORRES, 2014).

É interessante notar ainda que enquanto fenômeno mundial, o aumento do consumo está diretamente relacionado com a política econômica neoliberal oriunda dos governos de Reagan, nos Estados Unidos, e de Margaret Thatcher, na Inglaterra:

A década de 1980 assistiu a uma das mais incríveis redescobertas do consumismo. O consumidor era herói do momento, não apenas como provedor do poder aquisitivo que serviria de combustível para o crescimento econômico (embora este também fosse fundamental, e encorajado

pela expansão fenomenal do crédito, pelo financiamento do déficit e por reduções de imposto de renda), mas como o próprio modelo do sujeito e cidadão moderno. Inspirada no neoliberalismo - especificamente na economia de Reagan e no thatcherismo - a opção do consumidor tornou-se o modelo obrigatório para todas as relações sociais e exemplo de dinamismo e liberdade cívicas. A provisão coletiva e social deu lugar ao individualismo radical (nas palavras de Thatcher, "Sociedade é uma coisa que não existe, só existem indivíduos e suas famílias.") E esse indivíduo era empreendedor dinâmico e descaradamente movido pelo interesse pessoal - personificado pelo yuppie e pelo personagem de Gekko no filme *Wall Street*. (SLATER, 2002, fls. 19)

É neste *modus operandi* que o cidadão deixa de ser um mero consumidor para se tornar um consumidor protagonista em grande escala. Afinal de contas, a expansão do consumo pela globalização, somado a todos os demais aspectos da vida social por ela afetados, como economia, cultura, meio ambiente, educação, imprensa etc., promovem uma transformação social tamanha que Bauman, ao analisar, identifica que nós somos ao mesmo tempo consumidores e mercadorias, pois "ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria" (BAUMAN, 2008, p. 20) na sociedade de consumidores, e que além de consumirmos mais rápido e nos entediarmos em seguida, descartamos e queremos o novo imediatamente.

É claro que este tipo de comportamento em grande escala é prejudicial em diferentes termos, quer sejam ambientais, sociais ou econômicos. Em termos ambientais, o aumento do consumo nos conduz a preocupações imediatas com recursos naturais não renováveis, descarte do próprio produto, bem como suas embalagens; em termos sociais, a impossibilidade de todos os cidadãos poderem efetivamente desfrutarem de tudo aquilo que anseiam, o que gera exclusão, diferenciação de classes sociais; e em termos econômicos, a utilização indevida do crédito para alcançar e satisfazer as necessidades imediatas de consumo, dentro do ideal de hiperconsumo, que se renovam a cada compra, mas sem se preocupar com a incapacidade de honrar com o pagamento do crédito que lhe foi ofertado.

Inobstante a estas constatações, a compulsão pelo consumo é considerada hoje um padrão que caracteriza o ser humano contemporâneo, como afirma o psicanalista SANTI ao apontar que "A compulsão a consumir já foi um fenômeno raro e localizado. Mas quando se tomam os critérios atualmente adotados para identificar o fenômeno em psiquiatria, percebemos que ele acaba por se confundir com a própria experiência do homem contemporâneo." (SANTI, 2015, p. 37).

Como dito anteriormente, esta experiência no Brasil é identificada logo no início do século XXI, mais precisamente coincidente com o primeiro mandato do governo Lula, 2003- 2006, porém, legalmente já perceptível na última década do século XX.

A proteção ao consumidor no Brasil se tornou tema constitucional em 1988 quando então nossa Constituição Cidadã previu, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais o dever de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;). Esta proteção foi consolidada com o advento, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, considerado, à época, um dos mais

avançados do mundo. A necessidade de proteção do consumidor foi reconhecida pelos participantes da elaboração da norma que pontuaram que “A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar.” (GRINOVER et al., 2019, p. 63).

Contudo, até recentemente, a doutrina reivindicava, e a jurisprudência apontava a necessidade de atualizarmos nossa legislação de maneira específica em relação ao tema do superendividamento decorrente da obtenção de crédito para a satisfação das necessidades diárias, supérfluas ou não, e a incapacidade de pagar por tais quantias, posto nosso código prever apenas um artigo (art. 52) acerca da proteção ao consumidor em face à política de concessão de crédito no mercado de consumo brasileiro.<sup>144</sup>

A política de concessão de crédito ao consumidor no Brasil merece destaque para compreendermos o superendividamento do brasileiro.

A exposição de motivos da Medida Provisória 130 de 2003, o economista Bernard Appy apontava ao então presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva que o mecanismo de autorização para desconto de prestações em folha de pagamento se inseria no

<sup>144</sup> Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos;
- número e periodicidade das prestações;
- soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

“conjunto de medidas que o Governo de Vossa Excelência vem implementando com o objetivo de promover o crescimento sustentado da economia sem comprometer o equilíbrio e a responsabilidade fiscal.” (Exposição de Motivos da Medida Provisória 130/2003)<sup>145</sup>.

A política de concessão de crédito no Brasil foi impulsionada pela possibilidade do desconto em folha dos empréstimos consignados com a conversão desta medida provisória na Lei 10.820/2003. Esta política democratizou a concessão de crédito às massas, e, de acordo com o exposto acima, inseriu a maior parte da população nacional na sociedade de consumidores, corrigindo uma exclusão social maléfica. É o que aponta Livia Torres:

A Lei 10.820 de 2003, que criou o empréstimo consignado, e as diversas campanhas para a concessão de crédito a grupos antes excluídos dessa fatia do mercado, como pequenos proprietários rurais, aposentados, classes C, D e E, levaram muitos consumidores a assumir algum tipo de contrato de crédito. (TORRES, 2014, p. 3)

Neste mesmo período foi possível observar o aumento do endividamento familiar ao mesmo tempo que ocorria o aumento da oferta de crédito.<sup>146</sup> A “bancarização” nas palavras do, hoje, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, garantiu a democratização do crédito ao consumo no Brasil.

<sup>145</sup> A Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 130/2003 está disponível no site [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm). Acesso em 05/11/2022.

<sup>146</sup> Em publicação de 2010, Claudia Lima Marques em pesquisa minuciosa apontava para um endividamento de 50,88% da população brasileira e a triplicação do crédito requerido pelos consumidores no período de 6 anos de quase 50 milhões para 151 milhões de reais. Para uma maior compreensão deste período recomenda-se a leitura de Prevenção e tratamento do superendividamento (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010).

A ABECS, associação dos cartões de crédito, informa que o montante de crédito requerido pelos consumidores (que passaram a pagar apenas o mínimo e financiar o resto) triplicou de R\$ 48.4 milhões em 2000 para R\$ 151.2 milhões em 2006. Os dados de 2009 demonstram o maior endividamento dos consumidores da história. Dados demonstram também que o crédito atingiu as classes B, C e D do Brasil. Segundo o IBGE, em 2008, as classes média (B), média baixa (C) e pobre (D) representavam 77% da população brasileira. Especialmente em 2007, o setor financeiro e bancário brasileiro cresceu 9,2%, bem mais que os outros setores da economia (agricultura 2,1%, serviços em geral, 4,6%, indústria, 3,0%); justamente porque – com o crédito consignado de salários, pensões e aposentadorias e seus mais de 22 milhões de contratos de crédito, sendo que 83% destes consumidores ganham entre 1 e 3 salários mínimos e 59% apenas 1 salário mínimo - conseguiu incluir estas classes mais baixas, no que Antônio Herman Benjamin denominou “bancarização” ou que podemos chamar de democratização do crédito ao consumo no Brasil. (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010, p. 18)

A obtenção de crédito no Brasil se tornou mais fácil que nos Estados Unidos conforme apontou a pesquisa *Attitudes toward Credit and Finances among College Students in Brazil and the United States* realizada por Jill M. Norvilitis e Wesley Mendes-Da-Silva (2013) com jovens estudantes entre os dois países, o que demonstrou uma propensão maior dos estudantes brasileiros se endividarem.

É possível verificar ainda neste estudo mencionado acima que a legislação americana limitou a emissão de crédito para este determinado grupo social exatamente para protegê-los de eventual endividamento, em decorrência de um aumento anterior destas emissões que provocaram o endividamento precoce desta camada da população americana.

Em 2009, o governo federal dos Estados Unidos aprovou o Credit CARD Act, limitando a disponibilidade de cartões de crédito para estudantes. A legislação, que entrou em vigor em 2010, proíbe a comercialização no campus de cartões e requer comprovante de renda antes da entrega dos cartões para menores de 21 anos (Cartão de Crédito Lei de Responsabilidade e Divulgação de Responsabilidade, 2009). Tais regulamentos foram em resposta à prevalência generalizada de cartões de crédito e dívidas entre estudantes universitários americanos. (livre tradução) (NORVILITIS; MENDES-DA-SILVA, 2013, p.113)

Neste pequeno e breve estudo comparado entre as políticas de acesso ao crédito, podemos observar que é necessário um olhar do Estado para promover a proteção ao crédito em contraponto à livre concessão dele, que, embora necessária para promover o desenvolvimento, pode ser prejudicial ao mesmo tempo, provocando um superendividamento do cidadão.<sup>147</sup>

Ainda no campo legislativo, uma luz foi ligada no último ano com a promulgação da Lei 14.181/2021, que após anos de tramitação

<sup>147</sup> Essa relação dual com a oferta de crédito foi muito bem exemplificada por Claudia Lima Marques em seu trabalho, conjunto, Prevenção e tratamento do superendividamento, quando comparou, metaforicamente a uma moeda de sorte. Em suas palavras: “Uma moeda da sorte...mas também do azar... Podemos usar a figura de linguagem da moeda para afirmar que esta moeda de duas faces “consumo/crédito” sorri somente quando está na vertical, girando e mostrando suas duas caras ao mesmo tempo: é bom para todo mundo, para a sociedade em geral, pois a economia “sorri”. É bom para o consumidor, que também é incluído no mundo do consumo. Mas o equilíbrio deste movimento é difícil, e na sociedade de consumo de massas, sempre uma moeda ou outra vai desequilibrar-se e cair: o consumidor não paga o crédito, não consome mais, cai no inadimplemento individual (ou insolvência civil), seu nome vai para o SPC, SERASA...aqui a dívida vira um problema dele e de sua família, sua “culpa” ou fracasso...mas quando muitas moedas caem ao mesmo tempo, uma crise na sociedade é criada, as taxas de inadimplemento sobem, sobem os juros, os preços, a insolvência, cai a confiança, o consumo, desacelera-se a economia...uma reação em cadeia...”(MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010)

no congresso nacional, reformou o Código de Defesa do Consumidor incluindo um capítulo específico para o tratamento do superendividamento dos brasileiros.

Trata-se de um marco importante na legislação brasileira posto que o endividamento da população continua em expansão e já atinge 78,9% da população brasileira, sendo que deste montante, 30,3% estão com dívidas em atraso e 10,9% não terão condições de pagar suas dívidas (CNC, 2022). Embora o endividamento não caracterize necessariamente um superendividamento como apontado no início deste trabalho, esses índices são um alerta para a necessidade de uma conduta condizente com a efetiva proteção ao consumidor e não um incentivo a mais endividamento como sugere a nova política de concessão de crédito proporcionada pelo atual governo Bolsonaro, amplamente discutida, e questionada judicialmente, que será abordada no próximo tópico.

#### A CRISE POLÍTICA, SOCIAL E ECONÔMICA DO BRASIL E SEU IMPACTO PARA O ENVIDAMENTO DOS MENOS FAVORECIDOS

A sociedade brasileira vive, há alguns anos, envolta a diferentes crises, quer seja em razão do cenário mundial (crise financeira de 2008, pandemia da covid-19), quer seja em razão dos problemas internos (impeachment da presidente Dilma Rousseff, instabilidade política dos poderes instituídos, uma crescente judicialização da política, ativismo jurídico, aumento da onda conservadora, dentre outros). Para fins desta pesquisa, nos debruçamos acerca da crise política que se instaura imediatamente após o impedimento do segundo mandato de Dilma Rousseff (2014-2016)

A grave crise política em que estamos inseridos neste momento se inicia em 2014, com a reeleição da ex-presidente Dilma Rousseff, que acabaria sendo impedida (impeachment) em 2016 pelo Congresso Nacional, mediante um golpe, em razão do que foi caracterizado à época de crime de responsabilidade, as pedalgas fiscais<sup>148</sup>.

Com a posse do seu vice, Michel Temer, o Brasil abandona um governo reconhecidamente democrata-social (que buscava conciliar o desenvolvimento econômico com atenção às necessidades sociais<sup>149</sup>, período que se iniciou com a primeira eleição do ex-presidente Lula (2003-2006)) e começa a adotar políticas neoliberais tendentes a diminuir o tamanho do Estado, (fenômeno que acontecia simultaneamente em outros países), sua intervenção no cenário econômico, bem como aprovar leis que diminuam direitos sociais alcançados ao longo dos anos<sup>150</sup>, como apontam Sayonara Grillo Silva e Thiago Gondim:

<sup>148</sup> Para melhor compreender a sucessão do Poder no Brasil recomenda-se a leitura de Uma Ponte para o Futuro? Reflexões sobre a plataforma política do governo Temer, de Bernardo Margulies Cavalcanti e Carlos Magno Spricigo Venerio, disponível em [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril\\_v54\\_n215\\_p139](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p139), acesso em 10.11.2022. Segundo a Agência Senado, as pedalgas fiscais são apelido dado a um tipo de manobra contábil feita pelo Poder Executivo para cumprir as metas fiscais, fazendo parecer que haveria equilíbrio entre gastos e despesas nas contas públicas. Fonte: Agência Senado. Link: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pedalada-fiscal>. Acesso em 10.11/2022.

<sup>149</sup> Importante destacar que não foi governo sem problemas, ao contrário, as sucessivas denúncias de corrupção foram investigadas e pela primeira vez no país foi possível ver políticos e grandes empresários sendo efetivamente presos pelos crimes cometidos no que ficou conhecido como petróleo e mensalão (grandes escândalos de corrupção deste período).

<sup>150</sup> É no governo Temer que o Brasil começa a aprovar leis que diminuam direitos como um todo, a exemplo a PEC do Teto de Gastos, que limitou os gastos em saúde, educação e assistência social pelo prazo de 20 anos; a Reforma Trabalhista

Quando orientados por políticas neoliberais, os Estados, em virtude de sua capacidade regulatória, tornam-se agentes centrais neste contexto e passam a concorrer para fornecer padrões normativos de regulação mais atrativos aos interesses do capital. As normas jurídicas produzidas em decorrência destas políticas de austeridade e sob o propósito exclusivo de obtenção de competitividade internacional por meio do rebaixamento dos custos de produção, podem, por sua vez, se apresentar de modo similar àquelas mercadorias que são ofertadas para serem escolhidas no competitivo “mercado de produtos normativos” pelos detentores de capital e investidores, não obstante a existência de estudos empíricos que indicam ser negativa a relação entre investimentos estrangeiros e reformas trabalhistas. (SILVA; GONDIM, 2018, p. 2 e 3).

É o que Denise Guimarães e Eduardo Val identificaram ao apontarem, na reforma trabalhista ocorrida durante o Governo de Michel Temer (2016-2018), que “chama atenção as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, porque, além de flexibilizar ainda mais as relações de trabalho, há dispositivos que introduzem verdadeira desregulamentação de direitos sociais, pondo em cheque o caráter protetivo da norma trabalhista.” (GUIMARÃES; VAL, 2018, p. 55). Este comportamento, influenciado pelos ideais da Escola de Chicago, continuou no governo Bolsonaro (2019-2022), com a aprovação da Reforma da Previdência (EC 103/2019), a privatização da Eletrobrás (Lei 14.182/2021), e a independência do Banco Central do Brasil (Lei Complementar 179/2021).

Ainda neste esteio, é necessário compreendemos o comportamento neoliberal para além de suas conotações e práticas econômicas, que conduz o indivíduo a uma sobrevalorização da liberdade individual mesmo em um cenário de vida comum em

---

introduzida pela lei 13.467/2017, que desregulamentou direitos sociais e viabilizou a terceirização de qualquer atividade na empresa contratante, inclusive a principal; a lei 13.429/2017, que regulamento o contrato de trabalho temporário.

sociedade, subordinando as estruturas da vida social à vontade dos interesses econômicos (FONSECA; SILVA, 2020),

como vimos, a título de exemplos, na ausência do combate efetivo às queimadas provocadas nos biomas nacionais para se aumentar a área de produção de grãos, e o conseqüente aumento das queimadas neste atual governo, bem como a atuação do ministro do meio ambiente para evitar a apreensão de madeiras extraídas ilegalmente por um empresário<sup>151</sup>.

É diante deste cenário que a base aliada do Governo Bolsonaro aprovou, em julho de 2022, no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº15/2022, também conhecida como PEC das Bondades ou PEC Kamikaze, que se transformou na Emenda Constitucional 123/2022, que determinou a caracterização do Estado de Emergência e permitiu ao governo gastar fora do teto de gastos, em um período eleitoral, mais de R\$41 bilhões de reais<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> É possível ler a decisão que determinou a busca e apreensão de bens e arquivos do então Ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles. Link: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet8975decisao.pdf>. Acesso em 11.11.2022.

<sup>152</sup> Segundo a Agência Senado: A PEC prevê R\$ 41,25 bilhões até o fim do ano para a expansão do Auxílio Brasil de vale-gás de cozinha; para a criação de auxílios aos caminhoneiros e taxistas; para financiar a gratuidade de transporte coletivo para idosos; para compensar os estados que concederem créditos tributários para o etanol; e para reforçar o programa Alimenta Brasil. Esse valor não precisará observar o teto de gastos, a regra de ouro ou os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que exigem compensação por aumento de despesa e renúncia de receita. O reconhecimento de estado de emergência serve para que os pagamentos não violem a legislação eleitoral. A criação de benefícios destinados a pessoas físicas é proibida em ano de eleições. A única exceção é a vigência de estado de emergência (Lei 9.504, de 1997). Todas as medidas têm duração prevista até o final do ano de 2022. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/30/senado-aprova-pec-do-estado-de-emergencia>. Acesso: 02/12/2022.

Dentre as medidas contidas neste pacote de benesses em ano eleitoral que durará até o dia 31 de dezembro de 2022, o que é vedado pela legislação eleitoral (Lei 9.504/97), e que só foi possível modificando o texto constitucional na forma apontada acima, havia o aumento do benefício denominado Auxílio Brasil durante o governo Bolsonaro de R\$200,00 (duzentos reais), que somado aos já existentes R\$400,00 (quatrocentos reais), passou a representar a quantia de R\$600,00 (seiscentos reais) aos beneficiários do programa.

É claro que tal valor representa uma política de transferência de renda, motivo pelo qual não é objeto desta pesquisa abordar o caráter eleitoral dela pelo simples fato de existir previsão legal na lei eleitoral acerca da vedação desta prática<sup>153</sup>. Todo o benefício atualmente concedido contribui para a redução da pobreza em nosso país, que atualmente atinge mais de 60 milhões de brasileiros<sup>154</sup>.

Se tomarmos em consideração a linha recomendada internacionalmente para o Brasil (US\$ 5,50 PPC), o total de pobres mais que triplica e supera 62 milhões de pessoas no mesmo ano. Cabe ressaltar que as linhas de extrema pobreza ainda apontavam, em 2021 para um contingente entre 10,0 milhões e 28,4 milhões de pessoas nesta condição. (IBGE, 2022, p. 61)

<sup>153</sup> É o que aponta a Lei 9504/97 em seu art. 73, §10º:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

<sup>154</sup> Segundo dados do próprio IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o país se encontra hoje com quase um terço dele abaixo da linha da pobreza (IBGE, 2022).

Ato seguinte à Emenda Constitucional 123/2022, que promoveu uma maior distribuição de renda às camadas mais pobres de nosso país, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a conversão da Medida Provisória nº 1106/2022 na Lei 14.431/2022 que modifica a Lei 10.820/2003 (mencionada anteriormente), que ampliou a margem de consignação em pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis de Trabalho, dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social e do benefício de prestação continuada, além de autorizar a realização de empréstimos e financiamentos mediante crédito consignado para beneficiários de programas federais de transferência de renda, ou seja, dos beneficiários do Auxílio Brasil que se encontram já em situação de pobreza e de extrema pobreza.

Esta lei, além de incluir a possibilidade, pela primeira vez, dos beneficiários dos programas sociais de realizarem a contratação de empréstimo consignado do valor, baixo, recebem, aumentou o percentual, já elevado de comprometimento da renda dos trabalhadores, saindo de 35% para 40%, e em alguns casos a 45%, conforme a redação dos novos artigos 1º,

§1º, 6º, §5º e 6º-B, da Lei 10.820/2003.

O problema objeto desta pesquisa está exatamente na possibilidade de utilização desta nova ferramenta de crédito ofertada às camadas mais pobres que pode contribuir para um endividamento, e mesmo um superendividamento, capaz de comprometer o mínimo existencial de parcela significativa da população brasileira, ou seja, sua alimentação, habitação e saúde, conforme nos diz a economista Adriana Fileto, ao debruçar-se sobre o tema:

Os conceitos relacionados a mínimo existencial, mínimo vital e dignidade da pessoa humana estão intrinsecamente relacionados. Em linhas gerais, o mínimo vital diz respeito às necessidades básicas para a sobrevivência física dos indivíduos, tais como alimentação,

habitação e saúde. O mínimo existencial vai além do mínimo vital e pressupõe a sobrevivência com dignidade, assim, englobaria outros itens como vestuário e higiene, por exemplo.

As modificações implementadas na lei 10.820/2003, foram imediatamente questionadas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 7.223/DF), que encontrou no atual Procurador Geral da República, Augusto Aras, parecer favorável que reconhece que a medida legal pode, ao invés de promover uma efetiva política de distribuição de renda, agravar a vulnerabilidade de parcela significativa da população brasileira.

Presente um quadro de graves crises econômica e social, ocasionadas pela epidemia de Covid-19 e pela guerra na Ucrânia, parcela significativa da população brasileira está “em estado especial de vulnerabilidade”. Aqui se incluem, por óbvio, os aposentados do Regime Geral de Previdência Social, os titulares de benefício de prestação continuada – BPC e os beneficiários de programas federais de transferência de renda. Estes últimos, inclusive, encontram-se em estado de pobreza ou de extrema pobreza. O que fez a lei impugnada, ao aumentar os limites para (ou possibilitar) a contratação de empréstimos com pagamento descontado em folha pelo INSS ou pela União (crédito consignado), foi retirar uma camada de proteção a direitos da população hipossuficiente. Nesse cenário de crise, os destinatários da norma estarão ainda mais vulneráveis às instituições financeiras credoras, devido a estado de necessidade. Podendo comprometer um percentual significativo de sua renda mensal, os tomadores de empréstimos consignados estarão no caminho do superendividamento. Tratando-se dos beneficiários dos programas de transferência de renda, esse cenário mostra-se ainda mais preocupante, pois potencialmente comprometedor da dignidade humana.(ARAS, 2022) (nosso grifo)

Inobstante o parecer da douta Procuradoria Geral da República, o processo ainda está pendente de julgamento, cuja

relatoria pertence ao Ministro Nunes Marques, e a lei plenamente em vigor está sendo utilizada pela população mais vulnerabilizada, sob as vestes de uma política pública de concessão de crédito sedimentada em outra política de distribuição de renda, que deveria promover o desenvolvimento dos que recebem, permitindo-os migrar das classes mais baixas e vulneráveis para outras classes menos impactadas pelas mazelas da pobreza e extrema pobreza.

Uma vez mais, considerando tudo o exposto acima, é possível confrontarmos o resultado obtido pelo estudo acerca do mínimo existencial calculado pela economista Adriana Fileto com os percentuais possíveis de comprometimento da renda das classes mencionadas acima que se encontram em condições não compatíveis com a dignidade humana por não conseguirem satisfazer suas necessidades básicas. Vejamos o quadro abaixo obtido do Parecer econômico sobre definição do mínimo existencial:

**TABELA 7: Estimativa do mínimo existencial nas esferas nacional e regional (%)**

	Brasil (%)	Região Norte (%)	Região Nordeste (%)	Região Sudeste (%)	Região Sul (%)	Região Centro-oeste (%)
Até 1 SM	88	88	88	87	84	85
Mas de 1 até 1,5 SM	85	84	85	85	84	85
Mais de 1,5 até 3 SM	81	80	80	82	81	80
Mais de 3 até 5 SM	77	74	76	77	76	76
Mais de 5 até 7,5 SM	72	63	72	73	72	71
Mais de 7,5 até 12,5 SM	67	73	70	70	59	60
Mais de 12,5 SM	59	53	63	61	54	54

Fonte: Adaptado da Pesquisa de Orçamentos Familiares 2018

Fonte: PARECER ECONÔMICO SOBRE DEFINIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO INSTITUTO DEFESA COLETIVA<sup>155</sup>

Como é possível deprendermos da análise da tabela acima, famílias que recebem de 1 a 1,5 e meio comprometem 88% e 85% somente com o mínimo para sobreviver, o mínimo existencial. Ao considerarmos que os beneficiários do Auxílio Brasil são, em sua definição, àqueles que se encontram nas faixas de pobreza e extrema pobreza<sup>156</sup>, em caso de utilização do crédito oriundo da política implementada apontada acima por àqueles que recebem os benefícios do governo podem sim endividarem-se mais e vir a se tornarem superendividados, sendo importantíssimo trazer novamente a definição apontada no início do trabalho acerca do superendividamento: “a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas como Fisco, oriunda de delitos e de alimentos)” (MARQUES; DE LIMA; VIAL, 2020).

<sup>155</sup> Segundo o próprio parecer: “Considerando que as famílias que recebem até 1 salário-mínimo, gastam 87,5% de sua renda com despesas básicas, arredondando, pode-se estimar que o mínimo existencial corresponderia a 88% da renda. As famílias que recebem mais de 1 salário-mínimo até 1,5 salários-mínimos, gastam 84,6% de sua renda com despesas básicas, arredondando, pode-se estimar que estas famílias contam com um mínimo existencial correspondente a 85%. Assim, repetindo-se esta linha de raciocínio, podemos estimar o mínimo existencial, por faixa de renda, na esfera nacional, conforme revela a TABELA 4.” (FILETO, 2022).

<sup>156</sup> A Lei 14284/2021, em seu art. 4º, §1º apontam os beneficiários do Auxílio Brasil: § 1º São elegíveis ao Programa Auxílio Brasil as famílias:

- I - em situação de pobreza, cuja renda familiar per capita mensal se situe entre R\$ 105,01 (cento e cinco reais e um centavo) e R\$ 210,00 (duzentos e dez reais); e
- II - em situação de extrema pobreza, com renda familiar per capita mensal igual ou inferior a R\$ 105,00 (cento e cinco reais).

## CONCLUSÃO

Nesta altura podemos concluir a presente pesquisa relacionando os passos tomados no seu início. A utilização do método dialético demonstrou-se importante em razão da dinâmica da sociedade ao modificar seu comportamento de acordo com as transformações oriundas do processo de globalização que revolucionou a sociedade de consumo, nos conduzindo a um hiperconsumo, ao status de mercadoria e vulneráveis frente às transformações sociais, legais e operacionais para nossa vivência no século XXI.

Como foi possível observar, um dos males que passamos a enfrentar em decorrência desse novo comportamento consumista foi exatamente o fenômeno do superendividamento, corroborado com as práticas econômicas neoliberais que, na experiência brasileira, além de impulsionarem o consumo, foram responsáveis pela mitigação de direitos e garantias adquiridos ao longo do desenvolvimento da sociedade nacional.

A incapacidade de honrar as dívidas contraídas ao ponto de encarmos, deliberadamente, a falência da pessoa física tornou-se uma doença social ao ponto de ser tratada e combatida legalmente. Importante destacarmos a proteção constitucional do consumidor, seu código de defesa, e mais recentemente, com a Lei 14.181/2021, a alteração no Código de Defesa do Consumidor para tratar o superendividamento daqueles que se encontram nesta situação.

Por outro lado, analisamos os impactos das políticas neoliberais em território nacional desde o início da atual crise política que nos encontramos, e identificamos que tais práticas podem macular determinadas ações governamentais que visam atender aos

grupos mais vulnerabilizados da nossa sociedade e que se encontram nas faixas de pobreza e extrema pobreza.

Políticas públicas de transferência de renda são importantíssimas para reduzir a desigualdade social que, infelizmente, é uma característica duradoura e agravada em nosso país nos últimos dois anos, em razão da pandemia da covid-19, que em nosso solo já ceifou a vida de mais de 675 mil brasileiros.

E embora o Governo Nacional, mediante atuação do Congresso Nacional, tenha burlado a lei eleitoral e promovido uma Emenda Constitucional capaz de, em ano de eleição, aumentar a renda dos beneficiários de programas sociais de transferência de renda, estes mesmos atores foram responsáveis por desenvolver outra política pública, agora de concessão de crédito consignado, tendente a consumir o poder de compra das camadas mais baixas da sociedade e com possibilidade de os conduzir a um endividamento tão grande, capaz de caracterizar o superendividamento estudado aqui.

Assim, confirma-se, afinal, a hipótese levantada no início deste trabalho, pois de acordo com os dados levantados, a concessão desse benefício para as famílias subsidiadas pelo governo pode agravar sua condição de superendividados, que embora já haja previsão para o tratamento desta doença social, nota-se um contrassenso em medidas tão destoantes que dão a aparência de promover um desenvolvimento pessoal e, conseqüentemente, social, mas, contudo, acabam por contribuir para o desrespeito à condição de consumidor, além de violar o princípio basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ADERALDO, Carlos Victor Leal; AQUINO, Cassio Adriano Braz De; SEVERIANO, Mariade Fátima Vieira. Aceleração, tempo social e cultura do consumo: notas sobre as (im)possibilidades no campo das experiências humanas. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 365–376, 2020. DOI: 10.1590/1679-395177662.

ARAS, Augusto. Parecer do Ministério Público na ADIN 7223/DF. Brasília, p. 1–13, 2022.

BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. Cultura, Consumo e Identidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadorias /Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Relações De Consumo Na Pós-Modernidade: O Consumo Colaborativo Como Instrumento De Sustentabilidade. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 463–481, 2017. DOI: 10.12957/rdc.2017.26970.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1, 2 e 3

CNC, Confederação Nacional do Comércio. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) - nov/2022. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/release\\_peic\\_setembro\\_2015.pdf](http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/release_peic_setembro_2015.pdf).

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Cartilha sobre o tratamento do superendividamento do consumidor. Brasília, p. 60, 2022.

FILETO, Adriana. Parecer econômico sobre definição do mínimo existencial Instituto Defesa Coletiva. Minas Gerais.

FONSECA, André Dionei; SILVA, Silvio Lucas Alves De. O Neoliberalismo em Tempos de Pandemia: o Governo Bolsonaro no contexto de crise da Covid-19. *Ágora*, Santa Cruz do Sul, v. 22, n. 2, p. 39–57, 2020. DOI: 10.17058/agora.v22i2.15465.

FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: The Free Press, 1992. v. 32 DOI: 10.2307/2505352.

FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. 2002.

FURTADO, Celso. *O Capitalismo Global*. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v. 15 GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; BRAGA, João Ferreira; FILOMENO, Jose Geraldo Brito; DENARI, Zelmo; JUNIO, Nelson Nery; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Foren, 2019. Disponível em: <https://www.ptonline.com/articles/how-to-get-better-mfi-results>.

GUIMARÃES, Denise de Almeida; VAL, Eduardo Manuel. *Globalização, políticas de austeridade e o desmonte dos Direitos Humanos Trabalhistas: as reformas Temer e Macri*. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo Da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (org.). *Reformas institucionais de*

austeridade, democracia e relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 43–60.

IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da população brasileira : 2022*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna / tradução: Ricardo Corrêa Barbosa*. 12ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2ª ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; DE LIMA, Clarissa Costa; VIAL, Sophia Martini. *Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor*. In: Malfatti, Alexandre David; Garcia, Paulo Henrique Ribeiro; Shimura, Sérgio Seiji (org.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19 – Volume 1*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2020. p. 108–144.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor/SDE, 2010.

NORVILITIS, Jill M.; MENDES-DA-SILVA, Wesley. Attitudes toward Credit and Finances among College Students in Brazil and the United States. *Journal of Business Theory and Practice, United States*, v. 1, n. 1, p. 132, 2013. DOI: 10.22158/jbtp.v1n1p132.

REYMAO, Ana Elizabeth Neirao; DE OLIVEIRA, Felipe Guimarães. O superendividamento do consumidor no Brasil: um debate necessário entre o Direito e a Economia no século XXI. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 167–187, 2016.

SANTI, Pedro Luiz Ribeiro De. Crédito acessível, consumo compulsivo. *GV-executivo*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 34, 2015. DOI: 10.12660/gvexec.v14n1.2015.49188. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/49188>.

SILVA, Cândido Francisco Duarte dos Santos e; FRANCO, Renata Guimarães. Sociedade de Consumo – A vulnerabilidade potencializada pela sensação de felicidade efêmera. *In: Direito do consumidor / organização CONPEDI/UFF; coordenadores: Viviane Coêlho de SéllosKnoerr, Everton das Neves Gonçalves*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 81–103.

Disponível em:  
<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=11>.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo Da; GONDIM, Thiago Patrício. Austericídio e reforma trabalhista: a gramática de exceção contida no projeto de lei 6787/2016. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 9, 2018. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Austericídio-e-Reforma-Trabalhista-PL-6787-de-2016-por-Sayonara-Grillo-Silva-e-Thiago-Gondim-VERSÃO-PARA-A-REVISTA-DA-OAB-RJ.pdf>.

SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade – Exame*. São Paulo: Nobel, 2002. Disponível em: <http://books.google.co.mz/books?id=Au3OR-g0xCYC>.

TORRES, Larissa Fontes de Carvalho. O problema do superendividamento do consumidor no Brasil: características e consequências da oferta de crédito. *CONPEDI*, Florianópolis, v. 26, 2014.

VAL, Eduardo Manuel; BARGIONA, Pedro Eugênio Pereira; ECCARD, Wilson Tadeu de Carvalho. Mundo pluricultural ou multicultural? Ius cogens e os novos desafios ao conceito de norma jurídica. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal, v. 1, p. 109–123, 2019. DOI: 10.19135/revista.consinter.00008.00.

## OVERREGULATION E UNDERREGULATION: ANÁLISE ECONÔMICA

**Carla Izolda Fiuza Costa Marshall**

Pós-doutoranda em Direito, Instituições e Negócios no PPGDIN da UFF. Doutora em Direito Econômico pela UGF, Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ. Co-líder do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade, CNPq. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. Autora de obras jurídicas. Procuradora Federal aposentada. Administradora Judicial pela ESAJ. Parecerista nas áreas de Direito Econômico, Petróleo e Gás.

**Veronica Teixeira Duarte**

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios no PPGDIN da UFF. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade, CNPq. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. Advogada especializada em Direito Empresarial, Família e Sucessões. Administradora Judicial pela ESAJ.

### INTRODUÇÃO

A atuação do Estado na economia numa sociedade, que tem como base a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico como meta, possui atribuições definidas e ditadas por imperativos constitucionais.

Indiscutivelmente, a CRFB/88 impôs incontáveis desafios, tanto para o

Estado como para a empresa, dentre eles, a indicação de setores econômicos a serem explorados pelas empresas/corporações e a retirada do Estado, da condição de agente econômico, quando atuava na qualidade de protagonista do desenvolvimento econômico.

Destaque-se, como de fundamental relevância a identificação dos diversos papéis a serem desempenhados por cada um dos atores desse contexto. Como agente econômico atuante no mercado, as empresas, por meio da livre iniciativa, desenvolvem sua atividade econômica que, por sua vez, independentemente de seu porte ou setor de atuação cumprem uma função social.

Este artigo tem por objetivo analisar a sistemática regulatória do mercado nacional e sua potencial efetividade, tendo em vista alguns mecanismos introduzidos pela Lei de Liberdade Econômica, recentemente promulgada e, em especial, destacar a Análise de Impacto Regulatório, sem olvidar aspectos históricos e conceituais indispensáveis à compreensão da Regulação e seu papel.

### LIVRE INICIATIVA E MERCADO

Imperioso para se determinar os espaços do mercado é o destaque à livre iniciativa, que se encontra citada no texto constitucional mais de uma, contudo, a que nos interessa para efeito de argumentação, está previsto no *caput* do art. 170 da CRFB/88 e surge como a base da Ordem Econômica, na parte relativa aos princípios gerais da atividade econômica.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Ocorre que a livre iniciativa não pode ser um elemento que justifique toda atuação econômica, na verdade, há limites para que ela se estabeleça e possa cumprir seu papel na engrenagem do mercado. Não se trata, portanto, de liberdade absoluta, segundo Sara Leite de Farias<sup>157</sup> “na atualidade fala-se em liberdade de iniciativa moldada e limitada pela intervenção em nome do interesse público e social”. Portanto, nem o Estado e nem o setor privado são absolutamente livres.

O mercado é composto por agentes econômicos que, por sua vez, atuam em diferentes setores, mas, de todo o modo, cada um desses agentes cumpre uma missão. A identificação legal dessa missão veio na esteira da Teoria dos *Stakeholders*, que os concebe como elementos indispensáveis para que seja alcançado o desenvolvimento econômico.

Destaque-se a relevância da compreensão do que significa *Stakeholders*, para tanto buscou-se o entendimento de Roberto Camargo<sup>158</sup>:

O termo *Stakeholder* foi criado pelo filósofo Robert Edward Freeman, em 1963, a partir de um memorando interno da *Stanford Research. Stakeholders*, definição, segundo ele, se referia a “grupos que sem seu apoio a organização deixaria de existir”. Ou seja, são pessoas

<sup>157</sup> FARIAS, Sara Jane Leite de. Evolução histórica dos princípios econômicos da Constituição in SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C (Coord.). Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 115.

<sup>158</sup> CAMARGO, Roberto. *Stakeholders*: entenda a grande importância deles no gerenciamento de projetos. São Paulo, 2019, Pág.2. Disponível em: <https://robsoncamargo.com.br/blog/O-que-sao-stakeholders-Saiba-tudo-sobre-eles-e-sua-importancia> Acessado em 20/02/2022.

que têm interesse na gestão de empresas ou na gestão de projetos, tendo ou não feito investimentos neles.

Com a promulgação da Lei de Recuperação e Falência de Empresas, Lei 11.101/2005, tendo por alicerce o princípio da preservação da empresa, foram traçados, como descrito no artigo 47 daquela norma, os diferentes níveis de relações mantidas por cada unidade econômica atuante no mercado, ou seja, qualificando cada integrante *Stakeholder*:

Art. 47 – A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nesse sentido, os agentes econômicos, independentemente de seu porte ou tipo societários, são potenciais geradores de aquecimento da economia e do mercado e, como tal, quando viáveis economia e financeiramente devem ter a oportunidade de soerguer.

Identifica-se, portanto, que há espaços reservados à atividade econômica implementada pelas empresas e outro pela atuação estatal e todos eles são singularmente descritos na Constituição Econômica.

Repita-se o artigo 170 fornece os princípios norteadores da Ordem Econômica, que, por sua vez, está imbricada com a Ordem Social, sendo que aquela fornece as bases da economia na sociedade, mas, ao mesmo tempo, impõe que o Estado implemente diferentes funções.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>159</sup>:

As intervenções estatais, embora apresentem inúmeras variedades doutrinárias, podem ser classificadas em quatro tipos quanto a seu conteúdo: a regulatória, a concorrencial, a monopolista e a sancionatória, não considerada como modalidade de intervenção o fomento público, que não tem natureza impositiva.

No caso da Constituição de 1988 o papel de destaque foi assumido pela regulação, mas também o concorrencial, sendo certo que a regulação não impede que haja concorrência no seu ambiente em ambos os casos foram elaboradas normas específicas para cada ambiente.

A atuação do Estado no ambiente concorrencial é de fundamental relevância, na medida em que o agente regulador CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado antes da CRFB/88, tinha papel diverso do que assumiu após a promulgação da Carta, pois, tanto a sociedade como a economia e o mercado nacionais, sofreram influências de um mercado global e tiveram suas fisionomias profundamente alteradas.

Nessa toada, o CADE, na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, agregou duas funções a de coibir as práticas de infração à ordem econômica, segundo o ditame do parágrafo 4º., art. 173, ao estabelecer a repressão ao abuso do poder econômico, tendente à dominação do mercado, além de estabelecer regras para a livre concorrência, prevista no art. 170, IV, caso em que, em consequência, atua nos atos de concentração de empresas,

<sup>159</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129.

inicialmente por meio da Lei 8.884/94 e, atualmente, por intermédio da Lei 12.529/11, que entrou em vigor em 30/05/12.

Ainda no dizer do texto constitucional, a livre iniciativa tem o seu espaço no mercado e, quanto ao mercado interno é claro, em seu artigo 219, “integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal”. É cediço que o mercado precisa de orientação e incentivos ao crescimento, em especial num país emergente, como é o caso do Brasil.

Relevante destacar que o Parágrafo Único do artigo 170 aponta para “o livre exercício de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, crê-se que aqui estejam presentes os postulados da restrição à determinados setores, desempenhados por agentes econômicos e, por via de consequência, estejamos diante do ambiente regulatório. Agregue-se a isso a identificação traçada no art. 174, *caput*, quando o texto constitucional aponta para atuação estatal na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Segundo Calixto Salomão Filho<sup>160</sup>:

O fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica. A ideia é semelhante à das correntes mais progressistas no realismo jurídico, que, colocadas diante do problema de encontrar o fundamento para a norma e querendo evitar a discussão em termos exclusivamente políticos da questão,

<sup>160</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica – Princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 36.

respondem defendendo a norma processual, direcionada a encontrar a regra jurídica justa, e, assim, abrem a porta para o desenvolvimento da *due process clause*.

Calixto demonstra que as normas elaboradas na função de regulação não podem ser contaminadas por aspectos políticos, pois o agente regulador deverá buscar a regra mais adequada ao caso. Mais adiante, ainda Calixto<sup>161</sup>, assim se posiciona, quanto aos universos da regulação e da concorrência:

Em termos bem simples, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. (...) Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que se restringe ao controle, mas à verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência.

Regulação é, portanto, papel a ser desempenhado pelo Estado, por intermédio de suas autarquias especiais e setorizadas que irão controlar, normatizar, monitorar/fiscalizar e punir os agentes econômicos a elas submetidos. Contudo, essa tarefa requer conhecimento técnico apurado e profundo, pois o agente público ao estabelecer normas deverá fazê-lo analisando que os custos envolvidos não podem ser superiores aos benefícios a serem alcançados.

<sup>161</sup> Idem, p. 39.

## ATIVIDADE REGULATÓRIA

A Teoria da Regulação Econômica consiste no grande referencial da eficiência econômica, que pode ser entendido como produtiva, distributiva ou alocativa. Nesse sentido importante considerar a análise econômica do Direito, na medida em que se torna indispensável considerar a ideia de maiores benefícios com o mínimo de custos envolvidos.

Nesse sentido, importante destacar que a forma produtiva da eficiência econômica pode ser entendida como o uso de recursos tecnológicos e de inovação sem que sejam investidos recursos infinitos e que seja gerado com o mínimo de custos envolvidos. No que tange à forma distributiva, pode-se dizer que representa a participação de numerosos agentes econômicos, atuando de forma adequada, o que é bastante improvável, em virtude das falhas de mercado, concorrência desleal, práticas predatórias. Por fim, a eficiência locativa diz respeito à maior eficiência do resultado obtido em relação à qualquer outro que poderia ser utilizado, na visão de Pareto<sup>162</sup>, que segundo sua Teoria é o estabelecimento de um ponto de equilíbrio no qual se dá a melhor forma de distribuição de recursos e o resultado mais eficiente.

<sup>162</sup> PARETO, Vilfredo (1848-1923). O ótimo de Pareto não pressupõe a alocação equitativa dos recursos, em função disso há a eterna discussão relativa ao *trade off* da economia: eficiência x equidade. Na verdade, há economistas que acreditam que é possível alcançar o ótimo de Pareto se houver transferência de riquezas, num estado de bem-estar social. De todo modo, ele consiste no fato de que os recursos do mercado estão locados do modo mais eficiente, sendo que qualquer alteração no equilíbrio pode gerar o benefício de uns e o prejuízo de outros.

No Brasil há controvérsias sobre a Teoria da Regulação na medida, em que, comparativamente com outros países, tais como Estados Unidos e França, é mais recente, em termos de sua introdução no contexto nacional. A regulação jurídica entendida como um fenômeno jurídico fornece competência à órgãos de natureza técnica, tais como as agências reguladoras e outros órgãos, reconhecidamente como reguladores, Banco Central, CVM, dentre outros, com vistas à normatizar e controlar tais atividades. Nesse sentido, trata-se de um conceito operacional, no qual a intervenção do Estado em setores considerados estratégicos atua, com chancela constitucional.

O Estado-regulador possui uma gama considerável de conhecimentos, ditos como multidisciplinares, na medida em que sua atuação técnica precisa perpetrar conceitos econômicos da própria regulação, além das leis específicas e as características singulares de cada setor regulado.

Em suma a Regulação Econômica pode ser compreendida como a atuação estatal, que tem por fim limitar a liberdade dos agentes econômicos em suas atividades, bem como em seus processos decisórios. Nesse sentido, Viscusi, Vernon & Harrington<sup>163</sup> entendem que: “a regulação tem sido definida como uma limitação imposta pelo Estado sobre a discricão que pode ser exercida pelos indivíduos ou organizações, as quais são sustentadas pela ameaça de sanção.”

De fato, as atuações tanto dos agentes econômicos como dos órgãos reguladores precisam ser realizadas em consonância com as peculiaridades de cada setor do mercado. Historicamente falando,

<sup>163</sup> VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1995, p. 307.

nossa concepção está vinculada aos aspectos regulatórios americanos, onde se dá o enfoque à intervenção estatal em setores específicos, destacando-se os de infraestrutura, portanto, há uma certa restrição em comparação com a escola francesa que adota uma compreensão mais abrangente da regulação.

Deste modo, pode-se dizer que as agências reguladoras foram criadas com a finalidade de monitoramento das atividades desenvolvidas pelas empresas do setor privado, no exercício de serviços públicos, uma vez que o Estado não tinha condições de desempenhá-las de forma satisfatória, com vistas a atender ao máximo o cidadão-usuário e contrapartida módica. Tudo isso veio na esteira do processo denominado de descentralização estatal.

A inserção do modelo de agências no Brasil se deu, portanto, em decorrência da reforma estrutural do Estado brasileiro e da necessidade de colocar o país num contexto global, abrindo as portas ao investimento estrangeiro direto, fundamental para concretização dessa proposta. Ocorre que, o mercado nacional é dotado de uma complexidade significativa, tendo em vista inúmeros fatores que precisam ser levados em conta, pois como já se veiculou “o país é composto por diferentes ‘brasis’”, o que nos remete a situações singulares, em função de aspectos econômicos, sociais, jurídicos, demográficos, geográficos, estruturais dentre outros.

Reitere-se, a relevância da não contaminação de aspectos políticos com as regras da regulação, no sentido de que suas decisões são dotadas ou, deveriam ser, de apuro técnico isenta de questões partidárias e de governo. A complexidade técnica de cada setor e os agentes econômicos envolvidos desafiam os órgãos reguladores intermitentemente. Com o passar do tempo, o fenômeno regulatório

vem se apresentando com um espectro quantitativo de normas cada vez mais significativo.

Claro está que quando um agente econômico intenta ingressar em um mercado deverá ter a cautela de examinar as normas que regulam o setor, uma vez que deverá levar em conta gestão de risco que lhe dê condições de dimensionar a oportunidade, mas, também, os riscos que terá que enfrentar. Nesse sentido, ao se deparar com uma quantidade de normas expressiva, ao invés de avançar a tendência é que recue em suas intenções. Portanto, a segurança jurídica, que poderia ser um atrativo é substituída pelo desinteresse, face aos múltiplos desafios regulatórios naquele setor e mercado em questão.

### REVISITANDO A REGULAÇÃO

O que se demonstra, atualmente, no país é o “quase intransponível” arcabouço regulatório que, ao invés de trazer segurança e fluidez aos setores econômicos o faz em sentido contrário, ou seja, o emperra, em função de uma burocracia legal paralisante.

A denominada “moderna regulação” tem como premissa essencial o diálogo entre regulador e regulado, onde a atuação estatal se dará por meio de transparência, negociação e, no dizer de Floriano de Azevedo Marques<sup>164</sup>:

<sup>164</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003, p. 94.

permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Nesse sentido, uma proposta de regulação econômica, que gere alternativas de solução e conduza a um modelo quantitativamente mais reduzido de normas, poderá ser benéfico, pois a atividade regulatória deve visar, antes de tudo, ao equilíbrio entre os interesses privados e públicos.

O excesso de normatividade reitere-se, ao invés de conduzir à segurança jurídica, pode conduzir a uma gama considerável de empecilhos, quando deveria favorecer o investimento estrangeiro direto, torna-se um entrave maior ainda.

O que almejam os usuários de serviços prestados por agentes regulados é que os preços praticados sejam módicos, que os serviços sejam amplamente ofertados e com qualidade. Em outro giro, os agentes econômicos buscam a estabilidade, por meio de normas claras e eficientes, com remuneração condizente com os investimentos realizados, além do cumprimento dos contratos.

O grande questionamento imposto é se perquirir se os marcos regulatórios dos setores regulados estão sendo capazes de acompanhar o desenvolvimento de cada setor e editar normas capazes de adequar a realidade fática do empreendimento, sem que a atuação das agências reguladoras esteja sendo afetada pela captura de agente privados.

Inolvidável o fato de que regulação é papel a ser desempenhado pelo Estado, por intermédio de suas autarquias especiais e setorializadas que irão controlar, normatizar, fiscalizar e punir

os agentes econômicos a elas submetidos. Contudo, essa tarefa requer conhecimento técnico apurado e profundo, pois o agente público ao estabelecer normas deverá fazê-lo analisando que os custos envolvidos não podem ser superiores aos benefícios a serem alcançados.

Quando a atividade regulatória é executada de forma adequada, no que tange às premissas, certamente se dará o cumprimento de sua missão, daí que identifica-se como indispensável a atualização das regras elaboradas pelas agências reguladoras.

Obviamente que há setores que são mais sensíveis e que precisam de orientações mais condizentes com os riscos envolvidos em suas atividades, não se está aqui pregando desconsideração dessas singularidades, mas todos os agentes econômicos que atuam no mercado tem sua quota de riscos ambientais e, coibir tais práticas é missão do agente regulador da qual não pode abrir mão.

Não se admite que nos dias de hoje, tais circunstâncias não sejam trazidas ao contexto de reflexão e de implementação de diretrizes na esfera ambiental. Como já asseveramos<sup>165</sup>, em outra oportunidade, mas sobre o mesmo tema, que:

Entretanto, não se pode exatamente mensurar a afetação que as mais diversas tomadas de decisão de atores privados – principalmente empresas, grupos econômicos e instituições

<sup>165</sup> MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa; DINIZ, Erick Sobral. Regulação, Precaução e Mercado: consensualidade público-privada e crescimento econômico sustentável *in* Anais do III Encontro Nacional sobre Estado Administrativo: Autorregulação, Plataformas Virtuais e Inteligência Artificial no Planejamento de Mercados Complexos, Editora Even3, 2018. [www.even3.com.br/Anais/ENEA3/90029-RECURSOS-MINERAIS-REGULACAO-E-GOVERNANCA-ADMINISTRATIVA](http://www.even3.com.br/Anais/ENEA3/90029-RECURSOS-MINERAIS-REGULACAO-E-GOVERNANCA-ADMINISTRATIVA).

financeiras - têm no mercado, todavia é nítido que, por vezes, as mesmas sejam interpretadas como inócuas - no sentido do desconhecimento dos seus possíveis efeitos práticos, principalmente, por conta de uma possível falta de transparência de dados ou informações.

Os agentes regulados são agentes econômicos atuando no mercado e os eventuais danos perpetrados dizem respeito à sua atividade, daí que se impõe a devida precaução no uso de tecnologias para que não se operem situações indesejáveis, haja vista as escolhas que são realizadas intermitentemente pelos administradores dessas empresas. Sunstein<sup>166</sup> assim define:

O dano esperado de tecnologias arriscadas pode também ser maior do que os danos ou bônus esperados da recusa de se prosseguir com a aplicação de tais tecnologias. Por isso, Talbot Page argumenta, no sentido de decisões concernentes a precaução relevarem 3 princípios: a) a aversão ao risco em relação a incertezas, mas especialmente com externalidades perigosas, b) relutância em estabelecer compromissos irreversíveis em relação a tomada de decisão num futuro próximo e c) preocupação pela igualdade intergeracional, principalmente quando os benefícios são imediatos, mas os riscos são

<sup>166</sup>SUNSTEIN, Cass. R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge University Press. 2005, p. 56.

impostos aqueles que ainda não nasceram.  
(Tradução livre).

Nesse sentido, a adoção de políticas de governança corporativa por parte dos agentes econômicos se impõe gerando o comprometimento com os princípios de conformidade ou *compliance* empresarial, com vistas à observância das regras e normas, bem como a devida transparência ou *disclosure* das empresas, posto que não se pode admitir que a sociedade fique a mercê das escolhas realizadas pelos atores privados, em suas tomadas de decisão sem a devida transferência para a sociedade, posto que, devem prevalecer os interesses, tais como: defesa da concorrência, proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico sustentável.

#### OVERREGULATION E UNDERREGULATION

O papel do agente regulador, como já abordado anteriormente, é fundamental para que se atinja o ponto de equilíbrio adequado ao desenvolvimento da livre iniciativa, tão necessária a qualquer país que deseje se desenvolver economicamente.

Ademais as demandas contemporâneas diferem fundamentalmente daquelas existentes quando do surgimento das Agências, portanto, não são as mesmas demandas nacionais e internacionais dos mercados específicos na atualidade, pois uma série de fatores alteraram, significativamente, a fisionomia dos mercados atuais, sendo necessário implementar uma nova abordagem regulatória - mais flexível - e, além disso, adaptar o modelo anterior aos desafios presentes. O desenvolvimento econômico requer a

constituição de um mercado saudável<sup>167</sup> e, para tanto, as disposições normativas devem se manter atualizadas e em sintonia com os apelos de mercado e aos interesses nacionais, sem é claro, desconsiderar os internacionais.

Nenhum agente econômico investirá numa atividade, cujo marco regulatório encontre-se atrelado a disposições pretéritas e pouco sintonizados com as demandas atuais. A utilização de novas tecnologias exige uma reforma constante dos parâmetros normativos, com o intuito de adequá-los à realidade fática do empreendimento.

Agregue-se a tudo isso, um incentivo a mais, que decorre do que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>168</sup> (OCDE) preconiza, pois o Brasil intenta ingressar nessa organização internacional e já se manifestou nesse sentido, sendo que, para tanto, terá que se adequar aos parâmetros adotados por ela, dentre os quais o que a OCDE define como sendo “boas práticas” em diferentes áreas, portanto, para que o Brasil seja aceito precisará passar por mudanças regulatórias.

<sup>167</sup> Não há mercado perfeito, nem no ambiente concorrencial propriamente dito e menos ainda no de regulação, daí a indispensável atuação estatal, em ambos os casos, dentro dos seus desafiadores espaços, saudável, aqui no sentido de mais próximo da adequação às peculiaridades do setor e em função de aspectos temporais, sociais, jurídicos e econômicos.

<sup>168</sup> OCDE - **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico** é um organismo formado por 37 nações, em inglês **OECD** (Organisation for Economic Co-operation and Development), o grupo se dedica, principalmente, à pesquisa, desenvolvimento e aprimoramento de políticas públicas, fomentando sua implementação pelos países membros. No formato em que existe hoje, a organização surgiu em 30 de setembro de 1961, e mantém sede em Paris, França. Mas a OCDE teve uma precursora – a Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OECE, na sigla em inglês) -, que se expandiu com a entrada de nações que não se localizam no continente europeu.

Com vistas ao cumprimento dessas metas e para evitar externalidades negativas que conduzam a sistemática capaz de afugentar investidores, em virtude da geração de uma situação de insegurança e medo, que propicie *overregulation* ou *underregulation*, ambas capazes de conduzir à onerações substanciais às unidades produtivas, é que surge a proposta de refletir e pesar as consequências de produzir normas que, a princípio solucionam problemas, mas que no médio e longo prazo se desdobram em outros problemas. De forma a evitar tal sistemática, deve haver comprometimento com vistas a, reitere-se, adequação do papel das agências reguladoras.

A promulgação da Lei 13.848 de 25/06/2019 vem nessa esteira, e, também é denominada de nova lei das Agências Reguladoras, que tem por escopo suprir carências do setor por uma padronização ou uniformização de regras gerais aplicáveis a todas as agências, considerada o Marco Legal das Agências Reguladoras.

Essa lei estabelece uma série de mecanismos de implementação de gestão riscos, de programa de integridade, de consultas e audiências públicas para que o interesse geral de agentes econômicos, consumidores, usuários dos serviços prestados possam participar de propostas de atos de natureza normativa, viabilizando que haja transparência e publicidade, plano estratégico e agenda regulatória, além de ouvidorias, e a Análise de Impacto Regulatório, que surge como um instrumento decisivo para a adequação das normas a serem adotadas nos diferentes setores econômicos.

Nesse sentido, posteriormente, ou seja, em 20/09/2019 a denominada Lei de Declaração de Direito de Liberdade Econômica, Lei 13.874, veio sistematizar a AIR – Análise de Impacto Regulatório que, repise-se, surgiu como ferramenta, que permite ao agente público uma reflexão acerca do, eventual, problema regulatório, previamente à construção normativa.

A Análise de Impacto Regulatório – AIR traz como objetivo a realização de uma análise técnica dos fatores de risco, que envolvem a atividade econômica, com vistas a estabelecer condições de atuação estatal, em sua missão de regular o mercado, com a maior racionalidade possível, com a intenção de não gerar custos mais elevados do que os benefícios a serem alcançados.

Com isso, a ideia é que haverá maior critério para adoção de normas pelas agências reguladoras, uma vez que, a ferramenta AIR obriga o agente a refletir sobre o problema surgido e as eventuais consequências de estabelecer norma que, num primeiro momento possa equacionar a questão, mas que no futuro próximo possa conduzir a elaboração de outra ou outras normas para sanear os desdobramentos decorrentes da edição impensada e não ponderada de uma norma.

No processo de elaboração da norma, o agente regulador deverá levar em conta princípios gerais, tais como o da precaução, nesse sentido a reflexão de Sunstein<sup>169</sup>, é valiosa para o entendimento: “O princípio da precaução às vezes dá uma ilusão de orientação porque as pessoas se concentram no risco imediato enquanto desconsideram os efeitos sistêmicos de intervenções pontuais, mesmo que essas intervenções possam dar origem a riscos próprios”(Tradução livre).

A afirmativa de Sunstein demonstra de forma clara que intervenções pontuais, podem ser geradoras de outros tantos riscos, que não estão sendo considerados, pois aquelas visam dar conta de

<sup>169</sup> SUNSTEIN, Cass. *Beyond the precautionary principle*. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 151: 1003 in <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/07/Sunstein-Beyond-the-Precautionary-Principle.pdf>. Acesso em 23/10/22. *Most generally, the precautionary principle sometimes gives an illusion of guidance because people focus on the immediate risk while disregarding the systemic effects of one-shot interventions, even though those interventions can give rise to risks of their own.*

questões próximas, não ponderando/considerando o que dali poderá ser ocasionar.

Muito embora a meta a ser alcançada já esteja traçada, existe um repositório regulatório bastante significativo e a questão central é: como enxugar o manancial de ordenamento regulatório e ao mesmo tempo fazer com que o agente econômico atue no mercado em linha com as premissas inerentes da regulação, sem que com isso se dê a edição de mais regras, que, inclusive, possam colidir com as anteriores, pois, ainda, em vigor.

Nesse contexto, o peso da missão é relevante, mas a dosagem é imprescindível, o estoque regulatório no Brasil, desde a promulgação da Carta Magna, está na ordem de 5,8 milhões de normas, distribuído da seguinte forma: 166.000 em nível federal, 1,6 milhões nas esferas estaduais e cerca de 4 milhões em nível municipal<sup>170</sup>.

Existe, portanto, um passivo a ser considerado e a cada nova norma impinge ao agente regulador a revisão de todo o arcabouço normativo, com vistas a não geração de colidências, mesmo que aparentes. A missão do agente regulador é bastante delicada e precisa levar em consideração diferentes fatores imediatos, mas também mediatos, daí a complexidade dessa atividade que, repise-se, precisa estar inserida num contexto mais amplo, pois o ambiente da regulação não é um satélite, mas, está circunscrito a um universo bem mais amplo, que é o mercado, tanto nacional como internacional.

Nesse sentido, uma proposta de regulação econômica, que gere alternativas de solução e conduza a um modelo quantitativamente mais refletido e ‘enxuto’ de normas, poderá ser benéfico, portanto, a AIR – Análise de Impacto Regulatório surge

<sup>170</sup>Ver sobre essa questão em <https://www.ewb.com.br/mais-de-seis-milhoes-de-normas-foram-editadas-desde-constituicao/> acesso em 23/10/2.022.

como ferramenta, que permite ao agente público uma reflexão acerca do, eventual, problema regulatório, previamente à construção normativa.

Ressalte-se que a proposta da AIR, adveio, por meio de um dos quatro Decretos editados, para regulamentar a Lei de Liberdade Econômica, especificamente quanto à essa questão e traz como objetivo realizar análise dos fatores de risco, que envolvem a atividade econômica, com vistas a estabelecer condições de atuação estatal, em sua missão de regular o mercado, com a maior racionalidade possível e a intenção de não gerar custos mais elevados do que os benefícios a serem alcançados.

A indução a um comportamento que esteja em linha com boas práticas, por parte dos agentes econômicos, com vistas à outro tipo de cumprimento de atos, diferente das regras impositivas e coercitivas, pode dar outra feição ao sistema regulatório, o que poderá gerar, em última análise, comportamentos galgados em premiação, diante do setor e do mercado, que são fundamentalmente diferentes do agir ou ser punido pela Agência Reguladora, por meio de multas e outras formas de punição.

A Análise de Impacto Regulatório, ao traz também outros mecanismos que visam conduzir a reflexão prévia normativa do público interessado, portanto, abriga outros *players* o que, certamente, amplia as perspectivas e o campo de visão:

Concluimos que o Brasil, devido a suas peculiaridades econômicas e políticas, depende, mais do que outros países, de um marco regulatório claro, com agências regulatórias independentes e fortes, de forma a atrair a confiança e o interesse do investidor, inclusive estrangeiro. Não obstante, tal autonomia deve vir respaldada por uma série de mecanismos que asseguram o controle externo e social dessas autarquias, trazendo pluralidade e ampliação dos espaços de compartilhamento decisório com o público interessado. Se ao

Legislativo competiu colocar nos trilhos o desenvolvimento e o aprimoramento dos marcos legais das agências, o desafio é acompanhá-las e supervisioná-las, exercendo o seu papel ainda volátil na fiscalização dos atos dos órgãos do Poder Executivo<sup>171</sup>.

Claro está que as agências reguladoras não estão abrindo mão de seu papel como agente sancionador, até pelo fato de que não poderiam, por terem assento e missão constitucionais, contudo, é importante destacar que, apesar de terem poder normativo e de polícia, há um novo contexto a ser levado em consideração, pois a visão tradicional da regulação imperativa, segundo Juliana Palma<sup>172</sup>: “a autoridade pública competente modela a decisão regulatória unilateralmente e impõe aos particulares, que devem cumprir os termos dessa decisão, sob pena de serem sancionados”. A sanção administrativa é um ato que visa coibir a prática de atos de infração e sua aplicação se expressa de modo unilateral impondo punições ao agente infrator nas modalidades de multas, advertências, declaração de inidoneidade, suspensão temporária, todas aplicadas de forma verticalizada, mas observando o princípio constitucional da ampla defesa.

Na nova vertente regulatória toma assento a consensualidade, na medida em que ela obriga o agente regulador a refletir e submeter a regra elaborada ao controle social, por meio de audiência e consulta pública. Consensualidade aqui entendida com Flávio Amaral<sup>173</sup>:

<sup>171</sup><https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td282>. Acesso em 15/10/2022.

<sup>172</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 55.

<sup>173</sup> AMARAL, Flavio Garcia. Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª Ed. 2018, p. 74-75.

A supremacia e a subordinação cedem espaço a atos de coordenação, calcados na consensualidade que terão por objeto a composição de interesses, aparentemente antagônicos. A lógica subjacente a essa linha de pensamento é no sentido de que as atividades calcadas da consensualidade atingem maior eficácia na definição da justa medida para o interesse público específico a ser entendido e preservado. Daí se afirmar que a consensualidade se revela como instrumento de efetivo incremento da eficiência administrativa, eis que pela via da cooperação se poderá materializar o atendimento de um interesse público primário. Trata-se, pois, de uma nova visão de Administração Pública, que se legitima pelos resultados, e não apenas pelo cumprimento eficaz de trâmite burocráticos.

Por meio da consensualidade é possível que as normas oriundas da regulação estejam em maior sintonia com os ambientes específicos a que se dirigem e se tornam também mais flexíveis em comparação com os padrões anteriormente adotados, permitindo, inclusive, que possam ser dotadas de uma margem de indução a atos e sob pena, não necessariamente de sanções administrativas tradicionais, mas de visibilidade para a sociedade, o que pode conduzir a efetivo comprometimento do agente regulado na observância de tais atos.

Para efeito de exemplificação do comprometimento de agente econômicos com regras de modelo diverso do tradicional temos os mecanismos utilizados pela CVM denominados *comply or explain*, que, antes de tudo, sugere ao agente econômico que cumpra ou explique o fato de não ter cumprido. Nesse caso o controle social sugere uma punição, ainda, mais severa que a pena pecuniária imediata, além da publicidade que será dada, em função do não cumprimento espontâneo do agente diretamente envolvido. É o que se denomina de *disclosure*, onde a cia. deverá divulgar a aderência à pauta estabelecida pela CVM, por exemplo, por meio da Resolução 59, publicada em dezembro de 2021, no caso demonstrado, que,

supostamente seria considerada como atitude espontânea, mas que tem forte componente de pressão do mercado e deve compor, inclusive estratégias de marketing a serem adotadas pelas cias.

A regra de *comply or explain* tem sua origem na Inglaterra, considerada uma lei branda, inserida por meio do Relatório Cadbury em 1992, e se consolidou a partir das boas práticas de governança corporativa, tendo como característica, a singularidade de estar vinculada à recomendações decorrentes do código Cadbury, baseado no fato de que as companhias possuem peculiaridades, não podendo ser estabelecidas regras inflexíveis, pois essas seriam a contramão do que se pretendia como o desejado amadurecimento das boas práticas<sup>174</sup>.

Portanto, o que já é uma realidade em nível internacional, foi também inserido no ambiente nacional, esse apenas um exemplo do que pode ser feito e que muda a fisionomia da relação entre agente regulador e regulado. De certo que, o fortalecimento da comunicação entre a sociedade, aí incluídos os agentes regulados e o ente regulador, preconizado pela Lei 13.848/19, abre espaço para uma interação maior e que se demonstra com as infinitas possibilidades, a partir da consensualidade.

No entanto, os agentes reguladores precisam estar atentos àquilo que é previsível e dimensionável, não se isentando de estabelecer regras claras e indispensáveis, mas, ao mesmo tempo devem estar atentos em identificar problemas e evitar ou minimizar, quando não for possível ou viável determinada regra, consequências sistêmicas irreversíveis, quer preventiva quer repressivamente.

<sup>174</sup> Ver mais profundamente em *Arcot, S., Bruno, V., & Faure-Grimaud, A. Corporate governance in the UK: Is the comply or explain approach working? International Review of Law and Economics*, 30(2), 2010, 193- 201.

## CONCLUSÃO

O objetivo central desse artigo foi o de estudar e compreender a sistemática regulatória do mercado nacional, a potencial efetividade de alguns mecanismos introduzidos pela Lei de Liberdade Econômica, em especial a Análise de Impacto Regulatório, com vistas à identificação da nova regulação.

Diante de todo o panorama exposto, deve-se ter por certo que o excesso de normas, em ambientes regulados pode ser danoso e nada atraente ao investimento, daí que uma reflexão acerca de demandas provenientes de ambientes regulados deve ser objeto de análise, por parte dos técnicos, com vistas a evitar o surgimento de novas “outras regras” geradoras de entraves, pois para solucionar um problema, talvez a melhor opção não seja, açodadamente, no intuito de, imediatamente, resolver, estabelecer, irrefletidamente, outra regra.

A Lei de Liberdades Econômicas contribuiu para que se possa conduzir o ambiente regulatório a um novo patamar, onde o antigo modelo de regulação imperativa abriu espaço para a consensualidade entre os diversos agentes da sociedade, permitindo composições impensáveis no antigo sistema, composições essas que podem gerar movimentos mais racionais e abrangentes do mercado.

A ideia central não é isentar o regulador de agir, mas sim, que o faça refletindo e ponderando com a sociedade, para que se evite que, de forma açodada, estabeleça uma norma, que, posteriormente, gerará desdobramentos não levados considerados, gerando um ambiente de insegurança jurídica nada atraente ao investimento externo direto. Por fim, sopesar os benefícios e custos envolvidos é agir com a devida racionalidade que se espera do regulador.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Flavio Garcia. Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª Ed. 2018.

ARCOT, S., BRUNO, V., & FAURE-GRIMAUD, A. *Corporate governance in the UK: Is the comply or explain approach working?* International Review of Law and Economics, 30(2), 2010.

CAMARGO, Roberto. *Stakeholders*: entenda a grande importância deles no gerenciamento de projetos. São Paulo, 2019, Pág.2. Disponível em: <https://robsoncamargo.com.br/blog/O-que-sao-stakeholders-Saiba-tudo-sobre-eles-e-sua-importancia>

CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Resolução 29 de 22/12/21 <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cvm-n-59-de-22-de-dezembro-de-2021-369780708>.

FARIAS, Sara Jane Leite de. Evolução histórica dos princípios econômicos da Constituição *in* SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu: Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

GIDDENS, Anthony e *all.* *Modernización Reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003.

MARSHALL, Carla. Direito Constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa e DINIZ, Erick Sobral. Regulação, Prevenção e Mercado: consensualidade público-privada e crescimento econômico sustentável *in* Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, Ibmecc 2019, Anais. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/mpct2019/150770>

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa e DINIZ, Erick Sobral, LAGASSI, Veronica. Recursos minerais, regulação e governança administrativa. Anais do III Encontro Nacional sobre Estado Administrativo: Autorregulação, Plataformas Virtuais e Inteligência Artificial no Planejamento de Mercados Complexos, 2018. Disponível em: [www.even3.com.br/Anais/ENEA3/90029-RECURSOS-MINERAIS-REGULACAO-E-GOVERNANCA-ADMINISTRATIVA](http://www.even3.com.br/Anais/ENEA3/90029-RECURSOS-MINERAIS-REGULACAO-E-GOVERNANCA-ADMINISTRATIVA)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica – Princípios e fundamentos jurídicos. 3ª. ed. Revista e ampliada, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SOUTO, Marcos Villela Juruena. Extensão do poder normativo das agências reguladoras *in*: ARAGÃO, Alexandre dos Santos ( Org.).O poder normativo das agências reguladoras. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNSTEIN, Cass. R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge University Press. 2005.

SUNSTEIN, Cass. *Beyond the precautionary principle*. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 151: 1003 in <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/07/Sunstein-Beyond-the-Precautionary-Principle.pdf>. Acesso em 23/10/22.

ÜLRICH, Beck. *Risk Society: towards a new modernity*. Great Britain: Sage Publication, 1992.

VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1995.

## A LIVRE INICIATIVA E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA: A SLU E OS DESAFIOS DO MERCADO

**Verônica Teixeira Duarte**

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios no PPGDIN da UFF. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade, CNPq. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. Advogada especializada em Direito Empresarial, Família e Sucessões. Administradora Judicial pela ESAJ.

**Carla Izolda Fiuza Costa Marshall**

Pós-doutoranda em Direito, Instituições e Negócios no PPGDIN da UFF. Doutora em Direito Econômico pela UGF, Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ. Co-líder do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade, CNPq. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. Autora de obras jurídicas. Procuradora Federal aposentada. Administradora Judicial pela ESAJ.

### INTRODUÇÃO

Parte-se do reconhecimento de uma necessária reflexão a respeito daquilo que, normativamente, existe no cenário legislativo e a consonância com os anseios da sociedade e do mercado. A Constituição da República já havia identificado a relevância dos agentes econômicos de pequeno porte, em diversos artigos de seu texto, em especial, no que se denominou Constituição Econômica.

Na verdade, não se pode mencionar, agentes econômicos, independentemente de seu porte, sem refletir sobre a livre iniciativa,

que não consiste em princípio da ordem econômica, mas sim base para que os princípios elencados no artigo 170, possam ser erguidos.

Não se pode descrever a livre iniciativa sem trazer à baila a função social da propriedade, aqui entendida como atividade econômica, portanto, passando ao patamar consolidado de função social da empresa. Dessa forma, buscando o entendimento de Eros Roberto Grau<sup>175</sup>: “o princípio da função da empresa (...) é corolário do princípio da função social da propriedade.” Em realidade, na atualidade, a propriedade não pode ser admitida por si só, mas, entendida como “propriedade-função social”.

Mais ainda quando se estabelece como princípio o pleno emprego, inciso VIII do mesmo artigo 170, sabe-se, que não se trata de emprego no formato historicamente identificado, uma vez que o mercado já não comporta, apenas, o sistema convencional de relação empregador e empregado, tal revisão foi imposta pela revolução econômica, especialmente, no pós-pandemia.

No que tange, especificamente, ao agente econômico de menor porte, já houve a releitura do original inciso IX, que, a partir da Emenda Constitucional 6/1995, passou a ter a seguinte redação: “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”. Dessa forma, claro está que há a necessidade de tratamento em diferentes níveis, que possam ampliar o quantitativo de empresas no país, o que só pode acontecer se houver concatenação de normas que forneçam a simplificação de procedimentos envolvendo esses entes de menor porte.

Alicerçando, ainda os princípios de ordem econômica, o parágrafo único assim se acha redigido: “é assegurado a todos o livre

<sup>175</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

exercício de qualquer atividade econômica, independentemente, de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Portanto, é a livre iniciativa a base, reforçando o empreendedorismo, como meta a ser alcançada, logicamente, fazendo parte de políticas condizentes com esse objetivo, sem olvidar a proteção que deve ser dada ao credor social.

Por sua vez, as obrigações a serem cumpridas pelo Estado, encontram-se definidas no artigo 179 do texto constitucional, que assim dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las, pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Não se trata de ofertar normas de modo aleatório, pois se não houver instrumento que viabilizem a realização dos postulados determinados no texto constitucional, não se estará cumprindo suas determinações, pois deve partir do Estado, o estabelecimento de tais regras, construindo ambientes propícios aos ditames da Carta Magna.

Tal constatação tem como consequência o flagrante descompasso entre os ditames constitucionais e a realidade, em especial, em virtude dos nefastos acontecimentos ocorridos com a Pandemia da COVID-19, que pôs fim a incontáveis agentes econômicos, em especial, os de menor porte.

Por outro lado, também deve ser objeto de investigação a devida contrapartida legislativa, no que se refere aos agentes econômicos. Como cediço, os tipos societários mais utilizados no Brasil são as sociedades anônimas, abertas ou fechadas, além das

sociedades limitadas, essas últimas em quantitativo muito superior<sup>176</sup>. Todavia, no Código Civil em vigor há outros tipos societários, mas que não chegam a representar quantitativo expressivo, ao contrário, são tímidos os números que os representam.

O incentivo à ampliação do espectro de alternativas para viabilizar a formalização de atividades econômicas deve ser a meta estatal, para tanto, em 2011, foi criada por lei<sup>177</sup>, que alterou dispositivos do Código Civil, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que vinha a ser um elemento intermediário entre o Empresário Individual e a Sociedade Limitada.

Demostrou-se, com isso, que a oferta de outra pessoa jurídica de direito privado, com limitação de responsabilidade do sócio e que pudesse ser constituída por um único agente, seja pessoa física ou jurídica, poderia gerar aumento da perspectiva de arrecadação por parte do Estado, bem como a ampliação da oferta de postos de trabalho e ainda o fomento à economia, uma vez que, geradora de consumo.

Almeja-se, identificar se haveria necessidade de extinguir a alternativa de EIRELI, bem como os motivos que levaram à sua extinção, em função da promulgação da Lei 13.874/19, denominada Lei de Liberdade Econômica, que objetivou a transformação de EIRELI em SLU – Sociedade Limitada Unipessoal bem como a expressa extinção, por meio da Lei 14.195/21, denominada Lei de Ambiente de Negócios, especificamente, em seu artigo 41.

Objetiva-se, portanto, a promoção de uma reflexão acerca da opção pela SLU – Sociedade Limitada Unipessoal, em detrimento

<sup>176</sup>

<https://www.jucerja.rj.gov.br/Informacoes/EstatisticaSimples?AnoBaseConsulta=2022&TipoDeConsulta=1&CodigoEscritorio=N> acesso em 26/07/2022

<sup>177</sup> Lei 12.441/11, que a criou e estabeleceu as regras para a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

da EIRELI e, ainda, analisar os diferentes aspectos que estão a volta das características e potencialidades da SLU, constituída por pessoa jurídica.

Nesse sentido, importante que se abordem aspectos da Sociedade Limitada, bem como o surgimento e desenvolvimento da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e, finalmente, então, alcançar o universo da Sociedade Limitada Unipessoal.

## A SOCIEDADE LIMITADA

### SURGIMENTO DA SOCIEDADE LIMITADA

O histórico da sociedade por quotas vai além do direito pátrio, pois é importante que se identifique onde esta modalidade societária efetivamente surgiu e qual a finalidade de sua gênese em termos mundiais.

Com efeito, este ente empresarial foi elaborado, originariamente, na Alemanha, em fins do século XIX. O momento vivido pela Alemanha era de intenso desenvolvimento econômico, havendo uma preocupação do legislador em atender às expectativas do comércio criando um tipo societário capaz de corresponder aos interesses imperantes, no sentido de promover a consecução das finalidades econômicas e, ao mesmo tempo, de caracterizar uma sociedade autônoma a par das já existentes<sup>178</sup>.

Destaque-se que, inclusive ao comentar a legislação portuguesa, apontando para o surgimento da responsabilidade

<sup>178</sup> MARSHALL, Carla C. A Sociedade por Quotas e a Unipessoalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

limitada sob a forma de uma sociedade diferente da anônima, que era a única que viabilizava essa estrutura jurídica de limitação de responsabilidade do sócio, Raúl Ventura discorre no art. 197, do diploma Código das Sociedades Comerciais<sup>179</sup>:

A lei alemã surgiu como deliberada tentativa de fomento econômico por meio de uma instituição jurídica. Procurou-se induzir à criação de novas empresas, tanto na Alemanha européia como nas suas colônias, oferecendo aos interessados um tipo de sociedade intermédio entre a sociedade baseada na responsabilidade ilimitada dos sócios e a sociedade anônima, para se conseguir reunir os pontos atraentes de ambas, sem as correlativas desvantagens.

A legislação alemã pode ser considerada como sendo a que introduziu o modelo de limitação de responsabilidade unipessoal, com a *Ein Personna Gessellschaft*, com vistas a dar conta da rápida industrialização no período em seguida da guerra que ocorreu em 1870, pois naquela ocasião, as alternativas de sociedades não eram adequadas a expansão do comércio. A partir dessa indicação é evidente que o desenvolvimento econômico é uma preocupação, desde quando foi idealizada a sociedade limitada.

Outros países nessa sequência seguiram na linha da criação de uma sociedade mais simples e com a adoção de patrimônio diverso do seus sócios, tais como Alemanha em 1892, Portugal em 1901, Áustria em 1906, Inglaterra em 1907 e Brasil em 1919. Logo em seguida outros países adotaram legislação albergando a limitação da responsabilidade em sociedades simplificadas, tais como: Liechtenstein, Turquia, Cuba, Hungria, Argentina e tantos outros.

<sup>179</sup> VENTURA, Raul. Comentários ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por Quotas, Coimbra: Livraria Almedina, v.1., 1993, p. 9.

## CONTEXTO BRASILEIRO

A adoção desse tipo societário, em termos legais, se deu em virtude do Decreto 3.708, promulgado em 10/01/1919, podendo-se dizer que foi o quinto país no mundo a adotar a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Contudo, movimentos de comerciantes, bem como juristas já apontavam para o surgimento de um tipo societário que, desse conta, de atender aos apelos do mercado, no que tange à limitação da responsabilidade dos sócios<sup>180</sup>.

Evidencia-se que o ambiente político-econômico do país, em nível nacional e internacional, era de crise. Hermano Villemor do Amaral<sup>181</sup> analisa o momento experimentado pelo mercado, que:

no exterior, concluíra o Império a guerra do Estado Oriental e pacificara essa república da lucta civil, que ha tanto tempo a devastava, e aparelhava-se, com as primeiras medidas, para a Gerra do Paraguay, que muito nos havia de custar, como custou. No interior, ainda se fazia sentir os efeitos da tremenda crise financeira, que explodira em todo o Império.

Por sua vez, José Thomaz Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, elaborou Projeto, em 1865, houve comercialistas que indicaram ter sido ele o criador da sociedade limitada. Em outro giro, Fran Martins (1960)<sup>182</sup> destaca que a similitude entre a idealização de

<sup>180</sup> Ver mais profundamente a obra de NEVES, Edson Alvisi. Tribunal do Comércio. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro/FAPERJ, 2008, que traz os contornos históricos nacionais sobre a codificação e o movimento dos comerciantes da época.

<sup>181</sup> AMARAL, Hermano Villemor do. Das Sociedades Limitadas. Rio de Janeiro: F. Briguet & cia., 1938, p. 45-46.

<sup>182</sup> MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 22ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, 267.

Nabuco de Araújo e a aprovada posteriormente só tem em comum a limitação da responsabilidade dos sócios.

De acordo com o entendimento de Fran Martins o Projeto de Nabuco de Araújo consistia na idealização de uma sociedade anônima simplificada, pois desnecessária a autorização do governo para funcionamento, diferentemente da lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada de 1919, que criou, efetivamente, um novo tipo de sociedade com características próprias.

O Conselho de Estado não aprovou o Projeto de Nabuco de Araújo, sendo que o principal fundamento que gerou a não aprovação foi o Parecer do Dr. Manoel Ignacio Gonzaga<sup>183</sup>.

As críticas que se fazem ao Decreto 3.708/19 se devem ao fato de ter sido aprovado sem que houvesse discussões que poderiam ter melhorado as suas disposições, pois em, apenas 19 artigos, pretendia trazer e solucionar todas as questões à volta da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Na verdade, muito embora, fosse bastante enxuta, pode-se dizer que teve o mérito de, apesar de sua síntese, equacionar demandas em relação à esse tipo societário até o advento do Código Civil de 2002, que revogou aquele diploma legal e inseriu no Livro II os dispositivos de vários tipos societários, dentre eles a Sociedade Limitada, nova denominação dada a antiga Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o constituinte originário resolveu dar o devido destaque às empresas de menor porte, sendo que as sociedades limitadas estão aí incluídas. O incentivo aos agentes econômicos, em especial, em seu dispositivo contido no art. 179 aponta para “o tratamento jurídico diferenciado visando a

<sup>183</sup>AMARAL, Hermano Villemor do. Op cit, p. 56-58.

incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. Desse modo, incumbiu ao legislador ordinário à tarefa de legislar tendo como base a indicação contida no *caput* do artigo indicado.

A sociedade limitada presta-se a qualquer “atividade econômica e deve fazê-lo, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, é o que consta do parágrafo único do artigo 170 da CRFB/88. Alie-se a isso o fato de que a sociedade limitada pode adotar qualquer dimensão, ou seja, pode ser micro, pequena, média ou grande empresa, muito embora seja mais comum que grandes e médias empresas adotem o tipo sociedade por ações.

#### EIRELI

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, instituída pela Lei 12.441/11, que alterou dispositivos do Código Civil, em especial incluindo o artigo 980-A, no Título I da parte relativa a Direito de Empresa, estabeleceu as regras para a sua constituição, com a seguinte redação:

Art. 980-A: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Ainda com relação aos dispositivos da EIRELI, destaque-se:

Parágrafo 2º.: A pessoa natural que constituir empresa individual de Responsabilidade Limitada somente poderar figurar em uma única empresa dessa modalidade.

Da descrição do artigo acima indicado percebe-se que, apesar da oferta de um novo modelo de empreendimento diverso do Empresário Individual, cujo regime jurídico do empresário é de responsabilidade ilimitada, percebe-se um avanço de alternativa, na qual o modelo apresentado tem patrimônio próprio e personalidade jurídica distintos da pessoa do empresário, além da responsabilidade limitada do empresário.

A EIRELI podia ser enquadrada no regime tributário, como Microempresa, e poderia ter, no máximo, 20 empregados, também como EPP – Empresa de Pequeno Porte, que podia ter até 100 empregados, enquanto em empresa de médio porte, poderia chegar a ter, até, 499 empregados. Portanto, bastante auspiciosa para quaisquer desses enquadramentos tributários.

Todavia, para a sua constituição era necessário o capital integralizado de 100 saláriosmínimos, o que pode ter sido, se não o único, um dos motivos que levaram à extinção da EIRELI.

O capital social vem a ser a medida do aporte financeiro dos sócios que assumirão o risco da atividade. Contudo, muito embora, atividade econômica pressuponha risco, na atualidade vige a regra da socialização parcial do risco empresarial por parte dos credores sociais. Todavia, segundo Ana Frazão<sup>184</sup>:

<sup>6</sup> FRAZÃO, Ana. Aspectos Constitucionais da responsabilidade limitada e do capital social. A ADI 4637 e as discussões sobre a compatibilização entre a livre iniciativa e

Poderá ocorrer que a “transferência do risco empresarial seja totalmente suportado pelos credores sociais subvertendo não só a finalidade legítima do instituto da responsabilidade limitada, como a própria racionalidade da atividade empresarial, que envolve e exige a assunção de riscos – ou de pelo menos parte significativa deles.

Ocorre que a constitucionalidade da exigência de capital social mínimo para a constituição de entes econômicos, como a EIRELI, foi questionada na ADI 4637, no STF, ajuizada contra a lei 12.441/2011, que foi julgada improcedente por maioria de votos, no final de 2020, tendo sido a principal questão a violação ao princípio da livre iniciativa.

Destaca Ana Frazão<sup>185</sup> que:

nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, oportunidade em que o STF considerou que a exigência de capital social mínimo não impede o livre exercício de atividade econômica e ainda pode ser considerada um requisito para a limitação da responsabilidade do empresário. Além de mostrar a estatura constitucional do tema e suas evidentes conexões com a livre iniciativa, o STF também teve a oportunidade

a proteção dos credores sociais, in [https:// www.jota.info.colunas](https://www.jota.info.colunas), 13/04/2022. Acesso em 29/07/2022.

<sup>7</sup> Op. Cit.

<sup>8</sup> ADI 4637 do STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 04/02/2021.

<sup>9</sup> CHANG, Ha-Joon. Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo:UNESP, 2004.

de adentrar na função do capital social e de suas vinculações com a limitação de responsabilidade do sócio.

Não se pode esquecer que, apesar da livre iniciativa dos agentes que querem empreender, deva ser levada em conta, em virtude dos riscos assumidos, há a contrapartida dos direitos dos credores, caso a empresa tenha dificuldades econômico-financeiras transitórias ou perenes. Daí que foi levantado pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>8</sup>, no sentido de que “se trata de uma garantia em favor dos credores, um mínimo que se deve assegurar em contrapartida à limitação da responsabilidade individual do empresário.”

Destaque-se que há diferentes tipos de credores, sendo que os que mais são atingidos por eventuais situações de risco são os pequenos e os involuntários, uma vez que os grandes credores findam por resguardar seus interesses de outras formas.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto destaca a questão histórica do capital social, a partir dos ensinamentos de Chang<sup>9</sup>, demonstrando como o princípio da responsabilidade limitada do sócio é discutível, inclusive, explicitando que seria um estímulo para arcar com riscos excessivos.

No momento de crise irreversível do agente econômico, caso ele não possua patrimônio social suficiente para arcar com as dívidas, oriundas do empreendimento, haveria o respaldo do capital social, o que parece ser a construção feita pelo legislador quando exigiu da EIRELI um capital social de 100 salários-mínimos.

Não se está advogando a inserção de capital social mínimo para as sociedades, independentemente do seu porte ou tipo societário, mas, antes uma reflexão a respeito, sabendo-se que existem países que exigem capital social mínimo para a constituição de um agente

econômico. No Brasil não existe parâmetro para identificação de capital social mínimo para a constituição de sociedade.

Acerca da extinção da EIRELI, a par das alterações havidas, em função das normas contidas nas leis de Liberdade Econômica e de Ambiente de Negócios, que, por sua vez, tem por objetivo ampliar o espectro de empreendedores para que o país possa ser alçado a uma outra posição, em nível internacional, que justifique o investimento estrangeiro, o que se demonstra como um contrassenso, o que precisa ser investigado, até pelo fato de que inseriu no ordenamento a possibilidade de sociedade limitada unipessoal. E mais, o empreendedorismo não pode se sobrepor ao resguardada outra parte envolvida, ou seja, dos credores, não se trata, somente, de incentivar a iniciativa privada, mas criar um ambiente que evite perdas excessivas para um dos atores do mercado.

A ideia central das alterações consistiu em colocar o Brasil em um patamar melhor, em função do ambiente de negócios, sendo que tais medidas tiveram início, na denominada Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.974/19, que foi inserida em diversos diplomas legais, em especial no Código Civil, alterações na Lei de Recuperação e Falência, dentre outras e posteriormente, na Lei de Ambiente de Negócios – Lei 14.195/21.

Desse modo, não há sintonia entre os propósitos das normas legais e a realidade do mercado, no que tange a alternativas de empreendimento. Importa questionar quais os motivos que levaram à extinção da EIRELI, uma vez que se inseriu a sociedade limitada unipessoal, em substituição, sendo certo que o mercado deve ser resguardado, tendo em vista, as múltiplas correlações existentes entre os agentes econômicos, de acordo com a teoria dos *stakeholders*<sup>186</sup>.

<sup>186</sup> O termo *Stakeholder* foi criado pelo filósofo Robert Edward Freeman, em 1963, a partir de um memorando interno da *Stanford Research*. *Stakeholders*, definição,

Até 2011 havia apenas duas alternativas para quem desejasse empreender sozinho, ou optava pelo MEI – Microemprededor Individual ou o EI – Empresário Individual, sendo que, em ambos os casos, obrigavam a inscrição como pessoa física, o que no caso de EIRELI, gerava um CNPJ e a distinção patrimonial.

Logo, demonstra-se, inequivocamente, reiterar-se, que ainda há espaço para novas constituições de outros agentes econômicos adotando diferentes tipos societários, o que pode levar a crer que extinguir EIRELI não foi uma política adequada.

## SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

### 3.1. Criação da SLU

A proposta de criação da [Sociedade Limitada Unipessoal se deu em virtude da MP 881/2019](#), que, por sua vez, ficou conhecida como a “MP da Liberdade Econômica”, tendo sido convertida na [Lei 13.874/2019](#).

O pressuposto legal se deu em função da necessidade de desburocratização do processo de constituição de empresas no cenário brasileiro, com vistas a fomentar o mercado, com uma alternativa que mantivesse o patrimônio pessoal do empresário protegido e não houvesse a imperiosidade de dispendir valores para

---

segundo ele, se referia a “grupos que sem seu apoio a organização deixaria de existir”. Ou seja, são pessoas que têm interesse na gestão de empresas ou na gestão de projetos, tendo ou não feito investimentos neles. In: CAMARGO, Roberto. Stakeholders: entenda a grande importância deles no gerenciamento de projetos. São Paulo, 2019, p.2. Disponível em: <https://robsoncamargo.com.br/blog/O-que-sao-stakeholders-Saiba-tudo-sobre-eles-e-sua-importancia> Acessado em 27/07/2022.

formar o capital social, como era o caso da EIRELI, com a exigência de capital de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente.

As vantagens de constituir uma Sociedade Limitada Unipessoal – SLU podem ser identificadas por suas próprias características, tais como: não é necessário mais de uma pessoa para a sua constituição, não há exigência de capital social mínimo, o que gera baixo custo com o investimento inicial e, ainda, distinção patrimonial entre o sócio e a sociedade.

No que tange ao sócio entende-se que esse poderá ser uma pessoa física ou jurídica, uma vez que não há qualquer óbice a essa última. Chega-se a essa conclusão em virtude da interpretação realizada do artigo 1052 do Código Civil, em seu parágrafo 2º. que estipula: “se for unipessoal aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”.

No que tange ao contrato social e a possibilidade de constituição por pessoa jurídica infere-se que, o artigo 1054 ao remeter ao artigo 997, onde se encontram os parâmetros legais para a elaboração do respectivo contrato social, assim determina:

Art. 997 – A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídica;

Portanto, da inteligência do supra mencionado artigo, em seu inciso I, identifica-se que a sociedade limitada pode ser constituída por pessoa natural ou jurídica.

A Instrução Normativa número 47 de 03/08/2018, da lavra do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI veio trazer alterações à EIRELI, indicando que poderia ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira. Sendo que quando o titular da EIRELI for pessoa natural deverá constar do corpo do ato constitutivo cláusula com a declaração de que o seu constituinte não figura em nenhuma outra empresa dessa modalidade, por outro lado, quando for pessoa jurídica poderá figurar em mais de uma EIRELI, o mesmo pode ser aplicado à sociedade limitada unipessoal.

A Lei de Ambiente de Negócios, Lei 14.195 de 26/08/2021, determina a extinção de EIRELI e sua transformação automática em Sociedade Limitada Unipessoal, conforme sua redação:

Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo.

Parágrafo único. Ato do DREI disciplinará a transformação referida neste artigo.

Nesse sentido, cumpre ao DREI - Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração regulamentar a transformação da EIRELI para a Sociedade Limitada Unipessoal ou, se assim for o caso, para outra sociedade limitada.

Pode-se dizer que tal disciplinamento ainda não foi realizado, todavia um ofício circular do DREI foi editado sob o número SEI 3510/2021/ME, que fornece orientações sobre

arquivamento e, ainda, no que tange à revogação tácita de dispositivos do Código Civil.

A Lei 11.598 de 12/2007 estabeleceu a criação de uma rede, denominada de Redesim<sup>187</sup>:

que consiste numa rede de sistemas informatizados necessários para registrar empresas e negócios, tanto no âmbito da União, dos Estados e Municípios. Tem como objetivo permitir a padronização dos procedimentos, o aumento da transparência e a redução dos custos e prazos de abertura de empresas.

Nessa rede estão integrados os órgãos da Administração, com vistas a gerar a comunicação automática entre si, tendo como parceiros: os órgãos de registro, como Juntas Comerciais, Cartório de Registro Civil de Pessoa Jurídica, OAB, as administrações tributárias em âmbito federal, estadual e municipal e os órgãos licenciadores, em especial, o Corpo de Bombeiros, a Vigilância Sanitária e o Meio Ambiente<sup>188</sup>.

Portanto, infere-se que a transformação automática da EIRELI para a Sociedade Limitada Unipessoal se dará independentemente de qualquer alteração do ato constitutivo daquela. Dessa forma, entende-se que, caso a EIRELI tenha sido constituída por uma pessoa jurídica não haverá qualquer alteração nesse sentido, quando ela for transformada em Sociedade Limitada Unipessoal, essa a inteligência da norma art. 41, *caput*, Lei 14.195 de 26/08/2021.

<sup>187</sup> Ver mais profundamente em Portal Gov: [www.gov.br](http://www.gov.br), acesso em 30/10/2022.

<sup>188</sup> Idem.

### 3.2. Desdobramentos da transformação de EIRELI para SLU

Avançando nesse raciocínio, as regras pertinentes à EIRELI admitiam a possibilidade da pessoa jurídica ter várias EIRELIs, todavia, a pessoa física estava restrita a figurar em apenas uma EIRELI. Com a transformação de EIRELI para Sociedade Limitada Unipessoal, acredita-se ser possível idêntico entendimento, ou seja, uma Sociedade Limitada Unipessoal constituída por uma pessoa jurídica poderá ter várias outras Sociedade Limitadas Unipessoais.

O que pode levar uma pessoa jurídica a constituir mais de uma Sociedade Limitada Unipessoal são as estratégias que irá adotar, com vistas a alcançar performance em linha com seus objetivos e planos de negócios, como exemplo o que é feito nas subsidiárias integrais, que estão previstas na Lei 6.404/76, em seus artigos 251 até 253.

As atividades de cada um dos agentes econômicos que estão ligadas à Sociedade Limitada Unipessoal podem ser complementares ou não em relação à *holding*<sup>189</sup>, no caso considerada como sendo a

<sup>189</sup> Segundo MAMEDE, Gladiston e MAMEDE, Eduarda Cotta. Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico, 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 109: a expressão *holding company* ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que podem incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc. A situação mais comum é a constituição de um *holding* pura (sociedade de participação), ou seja, de uma sociedade constituída com o objetivo exclusivo de ser titular de quotas ou ações de outra ou outras sociedades. Nesse sentido, destaque-se que o artigo 2º. parágrafo 3º. da Lei 6.404/76, prevê que a sociedade pode ter por objeto social a participação em outras sociedades. A norma está inserida no âmbito das sociedades por ações, mas aplica-se também às sociedades por quotas, designadamente as sociedades limitadas, tipo societário que predomina na sociedade brasileira.

matriz, da qual as demais estão vinculadas, sabendo-se, de antemão, que a matriz / *holding* é sempre mais robusta que as suas subsidiárias.

Na verdade, o que se pretende com a constituição de Sociedades Limitadas Unipessoais por pessoas jurídicas, ligadas à outra Sociedade é a ampliação de sua participação no mercado, bem como beneficiar-se de incentivos fiscais, além do reconhecimento de marca, diluição do risco, incremento de eficiência e diversificação, M&A (fusões e incorporações) simplificados e benefícios decorrentes de entidades sem fins lucrativos.

Pode-se dizer que essa vinculação de atividades pode se dar a partir da cadeia produtiva, em função da verticalização ou horizontalização das atividades e atuações no mercado por essa sociedade, o que se pretende, portanto, é a ampliação e abrangência de mercados locais, regionais ou nacionais que podem interessar em função de se espraiar para outros lugares que não conseguiria se atuasse apenas com uma pessoa jurídica.

Por terem a mesma inspiração, ou seja, ambas serem sociedades unipessoais é possível que os contornos que suscitaram e suscitam a constituição de subsidiárias integrais, no âmbito das sociedades anônimas, também inspirem nos segmentos da Sociedade Limitada Unipessoal.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Sociedade Limitada Unipessoal - SLU ou Ltda. Unipessoal tem o condão de gerar crescimento e desenvolvimento, daí que o incremento a sua legalização propicia negócios, cria postos de trabalho, gera arrecadação e consumo fomentando a economia.

Aquele que queira empreender, seguindo os ditames da livre iniciativa, terá a oferta de um ente societário, com a introdução da SLU no universo legal, sem ter os inconvenientes de ter que ir buscar outra pessoa para cumprir a pluralidade de sócios.

Ousa-se dizer que com os parâmetros trazidos, tanto pela Lei de Liberdade Econômica como pela Lei de Ambiente de Negócios, trazendo a Sociedade Limitada Unipessoal, em substituição a EIRELI, admitiu a constituição de Sociedades Limitadas Unipessoais vinculadas à outra sociedade, quer limitada ou de qualquer outro tipo societário.

Tendo em vista o indispensável debate a ser realizado sobre o enxugamento de alternativas de constituição de empresas, apesar da extinção de EIRELI, como já se demonstrou, percebe-se que há espaço para todos os tipos de entes disponíveis no ordenamento jurídico nacional, propiciando maior liberdade de escolha ao empreendedor.

Considerando que o que se pretende com outras normas, de evidente expansão do mercado nacional, não traz a devida coerência retirar do universo de alternativas ao empreendimento, qualquer das modalidades de pessoas jurídicas, ou mesmo, de entes intermediários, que é o caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, em função de se ter a Sociedade Limitada Unipessoal, uma vez que são agentes de diferentes naturezas, mas que compartilham do sistema jurídico de limitação de responsabilidade dos seus integrantes.

Ao Estado compete incentivar e não inibir a livre iniciativa, quanto mais não seja, pois a ele interessa, ao lado de suas missões constitucionais, realizar arrecadação de tributos, o que pode se efetivar quanto mais agentes econômicos estejam em atividade no mercado. Tais reflexões, inclusive, possuem uma base teórica que consiste na Teoria de Laffer, que demonstra que a arrecadação aumenta, quanto

maior a base de sua sustentação, daí que reduzir alternativas não favorece nem o mercado e nem o próprio Estado.

Cumprido destacar que o incentivo à empresa é determinado constitucionalmente, quando se está numa economia de mercado e, sabe-se, de antemão, que sua consolidação se dá em função da promoção do desenvolvimento econômico, que, por sua vez consiste na meta, entendendo-se, aqui, incentivo estatal, como fomento a ser disponibilizado às atividades da iniciativa privada, *locus* do mercado, que visam ao desenvolvimento do país.

## REFERÊNCIAS

ALVISI NEVES, Edson *et ali* (Org.). Direito Societário, Compliance e Ética. São Paulo: Tirant lo blanch Academia. 2019.

ALVISI NEVES, Edson. Intervenção Judicial Preventiva na empresa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALVISI NEVES, Edson. Tribunal do Comércio. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro/FAPERJ, 2008.

AMARAL, Hermano Villemor do. Das Sociedades Limitadas. Rio de Janeiro: F. Briguet & cia., 1938.

CAMARGO, Roberto. Stakeholders: entenda a grande importância deles no gerenciamento de projetos. São Paulo, 2019.

CHANG, Ha-Joon. Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo:UNESP, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. Princípios Constitucionais na Interpretação das normas de Direito Comercial *in* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord). Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro. 1ª. Edição. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. Aspectos Constitucionais da responsabilidade limitada e do capital

social. A ADI 4637 e as discussões sobre a compatibilização entre a livre iniciativa e a

proteção dos credores sociais, in <https://www.jota.info.colunas>, 13/04/2022. Acesso em

29/07/2022.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAMEDE, Gladiston e MAMEDE, Eduarda Cotta. Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico, 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MARSHALL, Carla C. A Sociedade por Quotas e a Unipessoalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARSHALL. Carla. C. LAGASSI, Veronica. EIRELI versus Sociedade Unipessoal:

Controvérsias no âmbito do Direito Comparado e Impacto da MP No 881/19, atual 13.874, I Encontro Virtual do CONPEDI, Direito Empresarial, 2020.

MARSHALL. Carla.C. LAGASSI. Veronica. JACOB. Paola Domingues. Sociedades

Limitadas: Breve Análises sobre seus impasses, II Encontro Virtual do CONPEDI, Direito Empresarial, 2021.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 22ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENTURA, Raul. Comentários ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por Quotas, Coimbra: Livraria Almedina, v.1., 1993.

## A LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

**Maria da Penha Nobre Mauro**

Mestre em Ciências Jurídicas-Políticas pela Universidade Portucalense  
Infante dom Henrique - Cidade do Porto, Portugal(2021).

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Doutoranda PPGDIN UFF.

### INTRODUÇÃO

O desafio do presente trabalho é discorrer sobre a ampliação do rol de legitimados à recuperação judicial prevista na Lei nº 11.101/2005, contextualizando a empresa, ou agente econômico, enquanto ente estratégico para consecução de políticas públicas e sociais e para o desenvolvimento das economias mundiais.

No seu conceito tradicional, empresa é aquela pessoa jurídica como tal inscrita na Junta Comercial. E, sob a sua perspectiva sócioeconômica, é agente de natureza meramente privada, voltado para o lucro apenas, que gera empregos e reverte arrecadação tributária para o Estado.

Pretendemos, contudo, discorrer sobre feição mais abrangente da função social da atividade empresarial, num espectro mais amplo de possibilidades. E, a partir dessa noção, ponderar sobre a importância da ampliação do acesso aos meios legais de recuperação aos agentes econômicos que, sem estarem formalmente registrados na Junta Comercial como empresas, desempenham, de fato, atividade de natureza puramente empresarial, cuja preservação é imperiosa, na perspectiva da realização dos objetivos de erradicação de desigualdades sociais e combate à pobreza.

Isto porque, há Estados que, por influência de fatores econômicos e políticos, não detêm capacidade institucional para entregar os bens e serviços necessários à sobrevivência digna da população, afirmando-se essencial atentar para as alternativas capazes de reestruturar o alicerce institucional.

Daí que, ao se admitir a ampliação de legitimados à recuperação judicial prevista na Lei nº 11.101/2005, agregando-se agentes econômicos que não foram expressamente contemplados pelo legislador, a partir da aplicação da moderna Teoria da Atividade Econômica, viabiliza-se a manutenção de unidades econômicas produtivas essenciais à construção de Estados fortes, sobretudo porque, além de postos de trabalho e arrecadação estatal, geram inúmeros benefícios sociais, com isso desintegrando a desigualdade econômica entre a população e a insatisfação social.

Derivada da teleologia do direito econômico, da sistemática da compreensão econômica, para reconhecer a atividade empresarial sob o seu prisma fático, e não meramente formal, cuja preservação é anseio maior da atualidade na busca do desenvolvimento econômico, pretendemos abordar a teoria da atividade econômica, a partir da percepção de que o agente econômico pode ajudar na prossecução de políticas públicas e sociais essenciais à coletividade, para além de uma vertente meramente privada, mais consentânea com o interesse público. Essa compreensão vem se solidificando na jurisprudência pátria e já repercute no âmbito legislativo, onde estão em tramitação projetos de lei objetivando criar alternativas técnicas voltadas ao aperfeiçoamento da sistemática da recuperação em prol de agentes econômicos outros, como é o caso das sociedades cooperativas.

Aqui também são reforçados entendimentos já expressados em outros estudos apresentados pela autora.

## 1. A ATIVIDADE ECONÔMICA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O comércio terá, provavelmente, aparecido com a própria hominização.

“Enquanto atividade autônoma e organizada, ele documenta-se desde a Antiguidade mais recuada, acompanhando o uso da escrita em cuja origem terá, por certo, tido papel decisivo.”<sup>190</sup>.

E, ao longo dos séculos, o desenvolvimento do comércio vem propiciando o surgimento de centros comerciais, de corporações e até de nações, gerando riquezas e conectando os cantos mais longínquos do planeta, ora representando conforto e abundância, ora ameaça e exclusão.

Os reflexos econômicos desse comércio que se movimenta, disciplina, pois, a atividade humana negocial desde a Antiguidade.

A partir do surgimento das pautas relacionadas ao respeito aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, à manutenção da paz e segurança internacional e à promoção do desenvolvimento social, com melhorias nas condições de vida dos indivíduos<sup>191</sup>, vem sendo a atividade econômica considerada fundamental para concretizar o anseio de um desenvolvimento fraterno do crescimento econômico para a atual e as gerações futuras, consoante se infere da Declaração do Milênio das Nações Unidas, que

<sup>190</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2019. pp. 47.

<sup>191</sup> CABRAL, Diego de Almeida; MELO, Rodrigo Márcio Silva de. *A Carta da Organização das Nações Unidas* [em linha] [consult. 03 set. 2020]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiiba/2/carta.html#:~:text=A%20Carta%20da%20ONU%20tem,condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20vida%20dos%20indiv%C3%AAduos>

estabelece de vez a perspectiva humanista, ao traçar os “Objetivos do Desenvolvimento do Milênio”<sup>192</sup>, e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, aprovada em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, em setembro de 2015.

A atividade negocial, portanto, se firma rumo ao desenvolvimento da economia global.

Propõe-se, então, um capitalismo construtivo, como forma de satisfazer uma sociedade em transformação, onde se identifica crescente busca da nova geração por mais equilíbrio nos negócios, com perspectiva de crescimento para todos.

Na esteira da construção de um novo mundo, cuja marca é a interdependência, a liberdade de comércio deve servir de instrumento para que todos os povos, dos mais pobres aos mais ricos, se aproximem e se agreguem.

Empresas que são socialmente eficientes e produtivas maximizam seus lucros, de forma durável, e possibilitam a sua fruição pelas pessoas, pelas comunidades, pela natureza e pelas gerações futuras, agregando um valor econômico significativo e sustentável, com mais retornos sociais, ambientais e humanos, e tantos outros ainda desconhecidos ou inexplorados.

Os economistas da atualidade defendem que, “no mundo dos negócios, a adaptação é uma modalidade criativa e arriscada, e que as nações se tornam pobres porque suas economias falham em inovar e crescer”<sup>193</sup>, daí a compreensão de que, para o futuro econômico do mundo, é preciso pensar maior e pensar diferente, de modo a

<sup>192</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* [em linha] [consult. 04 set. 2020]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/os-oito-odms/>

<sup>193</sup> COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. *O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017. pp. 21.

equalizar as divergências que se sucedem no desenvolvimento das nações e que distanciam a humanidade.

Não à toa, na Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000, a erradicação da extrema pobreza e da fome; a educação; a sustentabilidade do planeta; a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres, entre outros “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)”, foram colocados lado a lado com o “estabelecimento de parceria mundial entre Governos e sociedade para o desenvolvimento”.

Propostas ratificadas na Agenda de Desenvolvimento conhecida como Agenda 2030, da ONU, que formalizou 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS e 169 Metas correspondentes. Mais uma vez a erradicação da pobreza, em todas as suas formas e dimensões, se apresenta como o maior desafio global da atualidade e requisito indispensável para alcançar o desenvolvimento sustentável da humanidade.

Nessa busca, que é árdua e cheia de obstáculos, o mais importante para levantar nações da linha de pobreza é o crescimento econômico sustentável, capaz de cumprir esses “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, com valorização da educação, da igualdade de gênero e do trabalho, com sustentabilidade ambiental, através de parcerias e meios de implementação<sup>194</sup> que podem ter como vetor, sem dúvida, a atividade de natureza empresarial.

Explica-se.

O agente econômico é fundamental para preservação da estrutura econômica do Estado, na medida em que permite a manutenção da fonte produtora, gera postos de trabalho, riquezas e

<sup>194</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Publicações* [em linha] [consult. 16 nov. 2020]. Disponível em: <https://brasil.un.org/>

arrecadação tributária, cumprindo, assim, relevante função social e estimulando a atividade econômica.

O fortalecimento da economia gera benefícios sociais.

O estímulo à atividade de natureza empresarial aumenta a circulação de capital e reduz o custo social, revelando-se estratégico para a estrutura do Estado. Tanto se afigura crucial, que basta atentar para os danosos efeitos acarretados à economia mundial, em decorrência da paralisação de atividades e comércios, desaparecimento e falência de entes empresariais ao redor do mundo todo, por força da pandemia do Covid-19.

É preciso atentar, ademais, que o agente econômico, muitas das vezes, não desenvolve apenas as suas finalidades societárias, mas também assume papel fundamental no custeio e na realização de políticas públicas, de natureza social e econômica<sup>195</sup>, desenvolvendo projetos de inclusão social, projetos culturais e sociais, projetos de preservação do meio ambiente, etc.

<sup>195</sup> BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; TOLEDO, Maurício José Morato de. A Preservação da Empresa e sua Participação para Consecução de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Florianópolis, v. 1, nº 1, p. 255-272, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/issue/view/32>. Acesso em: 10 out. 2020.

São exemplos notórios desse “engajamento social” empresas como a Loréal<sup>196</sup>, a Natura<sup>197</sup>, a Magalu<sup>198</sup> e a Coca-Cola<sup>199</sup>.

Mas há também empresas menores, que têm essa responsabilidade social. Por exemplo, nas cidades brasileiras de São Paulo<sup>200</sup> e de Blumenau<sup>201</sup>, há cafeterias em que os atendentes são portadores da Síndrome de Down.

Na realidade, nos dias atuais, isso é mesmo uma tendência de mercado, a partir da solidificação do conceito “ESG” (Environmental, Social and Governance) de gestão corporativa voltada para a sustentabilidade ambiental, social e de governança corporativa.

São, portanto, inúmeras as atividades praticadas fora da esfera do objeto social da pessoa jurídica, e que podem ser praticadas

<sup>196</sup> A L’Oréal é uma empresa que trabalha com um investimento grande de diversidade e inclusão para a inovação dos negócios e a melhoria da sociedade (vide <https://www.loreal.com/pt-br/brazil/news/responsabilidade-corporativa/>)

<sup>197</sup> Valoriza o meio ambiente, respeita a diversidade e estimula o empreendedorismo, sendo empresa mundialmente reconhecida e premiada por tal modelo de gestão. (vide <https://www.natura.com.br/mundo-mais-bonito-com-voce>)

<sup>198</sup> Vide <https://www.magazineluiza.com.br/quem-somos/compromisso-com-a-sociedade/>

<sup>199</sup> Grupos de diversidade racial, de equidade de gênero, pessoas com deficiência e LGBTQIA+ ganham mais impulso para influenciar ecossistema corporativo (vide <https://www.cocacolabrazil.com.br/historias/redes-de-inclusao-as-novas-estrategias-da-coca-cola-brasil-para-ampliar-diversidade>)

<sup>200</sup> DEFICIENTE Ciente [em linha] [consult. 05 nov. 2020]. Disponível em: <https://www.deficienteciente.com.br/cafeteria-em-sp-e-comandada-por-chefs-com-sindrome-de-down.html>

<sup>201</sup> Vide <https://www.baressp.com.br/restaurantes/cafes/chefs-especiais-cafe#:~:text=Rua%20Augusta%2C2559%20%2D%20Cerqueira%20C%3%A9sar,Paulo%20%2D%20SP%20%2D%201413%2D100&text=A%20cafeteria%20Chefs%20Especiais%20Caf%20%20A9,feito%20por%20jovens%20do%20instituto.>

<sup>201</sup> Vide <https://www.portalcesse.com/cafeteria-especial-sindrome-de-down/>

por qualquer agente econômico, independentemente da natureza do seu registro “formal” nos órgãos competentes.

É ainda importante remarcar que a prosperidade econômica de um agente econômico estimula o crescimento econômico de outras atividades e até de comunidades, delas dependentes diretamente ou não.

O agente econômico, como pontua o Professor Edson Alvisi:

... da forma como se insere nas relações sociais atuais, com a realidade dos mercados globalizados, aglutinam-se para atuar na extensão do mercado e chegam a atingir situações de poderes econômicos e políticos capazes de superar diversos Estados Nacionais. De ‘mera produtora ou transformadora de bens’ a empresa torna-se responsável pela subsistência de parcela da população, ‘é um poder. Representa uma força socioeconômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar de forma decisiva o local em que se encontra’<sup>202</sup>.

O desaparecimento de uma unidade produtiva gera desemprego, que fulmina a fonte de renda do trabalhador, acarretando instabilidade social e retração da economia. Já a pujança da atividade empresarial justamente inverte essa situação, pois, além dos postos de trabalho, a empresa recolhe impostos e gera riquezas para o Estado (quanto maior a arrecadação do estabelecimento, maior a arrecadação estatal e, por consequência, os benefícios à sociedade), além de, em muitos casos, ser a própria razão de existir de atividades correlatas ou

<sup>202</sup> ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 1ª edição, maio 2017, p. 27.

satélites, muitas das quais dependem visceralmente daquela, conforme o grau de interligação existente entre ambas<sup>203</sup>.

De se destacar, também, as hipóteses em que a atividade empresarial corresponde à única fonte de emprego e principal fonte de riqueza de uma comunidade local ou regional, e o seu desaparecimento, ou paralisação, acabam por eliminar também essas economias regionais.

Ao comentar sobre o Processo Especial de Revitalização (PER)<sup>204</sup>, Maria do Rosário Epifânio conclui, com muita percuciência, que cada agente econômico que desaparece representa um custo enorme para a economia, “*contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas*”<sup>205</sup>.

Colha-se, finalmente, a ponderação de José Casalta Nabais, no sentido dos imensos e múltiplos contributos que essas sociedades prestam à comunidade, para além e diversamente dos aspectos da tributação, enfatizando a importância da atividade empresarial para o

<sup>203</sup> Cf. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0032148-47.2009.8.19.0001*. Recuperação Judicial de Casa&Vide, onde diversos credores eram fornecedores exclusivos da rede varejista em questão, de modo que o desaparecimento desta implicaria também a eliminação desses credores.

<sup>204</sup> O PER foi introduzido no ordenamento jurídico português através da Lei nº 16/2012, de 20 de abril, em cumprimento a obrigações assumidas pelo Estado Português no Memorando de Entendimento assinado com o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Trata-se de mecanismo destinado à viabilizar “a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente mas que ainda não tenham entrado em situação de insolvência actual”, conforme a Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 39/XII, de 30 de dezembro de 2011. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *O Processo especial de revitalização*. Coimbra: Almedina, 2015. pp. 7.

<sup>205</sup> *Ibid.*

bom funcionamento da economia<sup>206</sup> e os importantes efeitos benéficos para a comunidade nacional, para além da sua estrita contribuição fiscal, designadamente no que refere a criação e manutenção de postos de trabalho.

Na esteira desse raciocínio, portanto, não há erro em se afirmar que a expansão do rol de legitimados aos procedimentos de recuperação económico-financeira dentro do sistema da insolvência empresarial é bom para a economia e para a sociedade como um todo, porquanto fonte de empregos e de arrecadação tributária; é bom para o mercado de consumo e para o consumidor, porque preserva os *players*, aumentando a concorrência e a competição pela preferência do consumidor na escolha de produtos, serviços e preços; é bom para o Estado, que arrecada mais impostos, os quais são revertidos para o robustecimento do seu alicerce institucional, com conseqüente oferta de melhores serviços à comunidade.

<sup>206</sup> “Finalmente, na tributação das empresas, olhando para as coisas com mais atenção, em rigor não se deve ter presente apenas o IRS ou IRC que pagam, mas a totalidade das contribuições que efectivamente realizam a favor da comunidade. Por outras palavras, a tributação empresarial, justamente porque visa atingir rendimentos intermédios obtidos por estruturas que, para além do mais, constituem o suporte insubstituível do regular funcionamento da economia, e não rendimentos finais como são os das pessoas singulares, deve assentar numa visão mais ampla, isto é, numa consideração unitária do fenómeno financeiro das empresas, ponderando todos os reais contributos que estas prestam à economia nacional. Considerando, portanto, não apenas as contribuições fiscais, isto é, os impostos que pagam, mas também os demais contributos económicos que prestam à comunidade nacional”. NABAIS, José Casalta. Alguns aspectos da tributação das empresas em Portugal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 12, n. 59, nov./dez. 2004. pp.311.

## 2. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA TEORIA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O legislador, ao editar a Lei nº 11.101/2005, por óbvio não podia prever todas as implicações da legislação ao longo dos tempos. Assim, ao criar o instituto da recuperação judicial e extrajudicial, delimitou o seu acesso àquelas pessoas descritas no artigo 1º, quais sejam, o “empresário” e a “sociedade empresária”.

Mas, o direito é dinâmico, marcha no ritmo das transformações sociais, exigindo, pois, constante adaptação e, mais ainda, alguma sensibilidade do operador do direito para percebê-las e adequá-las às exigências do bem comum.

A interpretação das normas legais ao caso concreto exige um exercício teleológico, uma ponderação de valências para saber o que haverá de prevalecer: a forma ou a substância. No dizer do Professor Edson Alvisi:

... o método teleológico sugere uma preconização dos fins sociais do dispositivo normativo e as normas programáticas constitucionais – que exigem a proteção da ordem econômica, preservação da empresa, promoção do pleno emprego, entre outros – de forma a privilegiar o entendimento da empresa enquanto atividade produtora econômico-financeira ...<sup>207</sup>

<sup>207</sup> ALVISI, Edson; AYOUB, Luiz Roberto. *Associações podem falir? Por uma hermenêutica do art. 2º da lref que fortaleça a recuperação judicial*. Revista Jurídica Portucalense N.º 31, 2022, p.118.

Aproveita-se também a lição do Professor Luiz Roberto Ayoub, ao abordar o direito empresarial como um direito em movimento, que liberta os magistrados das “amarras tradicionalistas, quase que arcaicas, de um legalismo puro”(…) “A magistratura que, antigamente se revelava formalista e elitista, deixa de ser a mera boca que pronunciava as palavras da lei, passando a ser, dentro de um sistema de freios e contrapesos um motor de transformação social e das exigências do bem comum, como inclusive determina o art. 5º da LINDB”<sup>208</sup>.

Como leciona o Mestre, é necessário reaproximar o tempo da realidade dos fatos com o tempo da realidade do direito, de modo que eles convirjam.

Colha-se, outrossim, a seguinte ponderação de Edson Alvisi:

... a imperfeição da Lei de Recuperação, como de qualquer outra, requer a atuação ativa do Estado-juiz para no sopesamento dos valores em jogo criar condições para a recuperação da empresa ou mesmo para evitar que esta chegue a situação de necessitar dela.<sup>209</sup>

No universo do direito, e do direito empresarial sobretudo, as mudanças se generalizam e se incorporam ao direito em geral,

<sup>208</sup> AYOUB, Luiz Roberto. *O Direito Empresarial em Movimento e a Sua Constitucionalização – Uma análise da recuperação e falência nas e das empresas*. Rio de Janeiro: EDS, 2022, p. 62.

<sup>209</sup> ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 1ª edição, maio 2017, p. 47.

porque o mercado se movimenta e nele se realizam e se aperfeiçoam as práticas mercantis.

Essa inteligência tanto serve ao julgador, para encontrar as opções de solução e as consequências reais de cada uma delas, a fim de eleger a que melhor resultado sorver para o caso concreto, como aproveita ao legislador.

Com efeito, a partir dessa percepção, o legislador brasileiro vem introduzindo no nosso ordenamento jurídico legislações destinadas à preservação e melhoria da economia de mercado, compreendendo, assim, que o seu bom funcionamento propicia benefícios à sociedade como um todo, nesse sentido podendo-se citar a Lei da Liberdade Econômica.

O sistema concursal brasileiro não pode estagnar-se no formalismo, devendo acomodar no seu regramento essas considerações.

Assim, a par das conceituações tradicionais ou da natureza jurídica pela qual o agente econômico esteja formalmente encaixado, há uma tendência atual no sentido de considerar empresa não apenas aquelas instituições que se enquadrem no regime jurídico de sociedade empresária e que assim estejam registradas nos órgãos regulatórios competentes.

No direito concursal moderno, a interpretação das normas parece inclinar-se para considerar não a natureza formal da pessoa jurídica, mas a sua função econômica e social enquanto fonte produtora de riquezas, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Manoel Justino Bezerra Filho, citando Waldírio Bulgarelli, adverte que, atualmente, a determinação da figura do empresário se

concentra na “atividade”<sup>210</sup>, considerada a organização dos fatores de produção para um escopo lucrativo.

O conceito de “atividade empresária” está consagrado nos arts. 966 e 982 do Código Civil, que estabelecem a qualidade de empresário e de sociedade empresária a partir da natureza da atividade desempenhada, isto é, aquela atividade econômica organizada profissionalmente para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

E assim o pensamento jurídico vem evoluindo da teoria da empresa para a teoria do agente econômico, que, segundo o prestigiado mestre, “levaria todo e qualquer exercente de atividade econômica a estar sob a égide desta Lei”<sup>211</sup>.

A concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada, organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, geração de empregos e arrecadação para o Estado, revestindo-se de genuína função social.

É a orientação contida no *caput* do já citado art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que diz: “*Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

O Código Civil Brasileiro de 2002 considera, portanto, o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. Tanto assim o é que, na Exposição de Motivos, a empresa está considerada como “unidade econômica de produção ou atividade econômica

<sup>210</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada artigo por artigo*. 15.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 82.

<sup>211</sup> *Ibid.*

unitariamente estruturada para a produção ou circulação de bens ou serviços".

A atividade empresarial consiste numa "série de atos e operações que se entrelaçam (coordenados) e que se sucedem no tempo (continuidade), possuindo como ponto comum a finalidade ou o escopo de servir à satisfação das necessidades de mercado"<sup>212</sup>.

A caracterização de empresa, pois, deve ser considerada sob o perfil corporativo ou institucional, organizado com o escopo de obter o melhor resultado econômico, produtivo e socialmente útil.

Atividade de caráter profissional, organizada para a produção ou circulação de riquezas, bens ou serviços, visando resultados lucrativos.

A existência da atividade empresária, vale dizer, da empresa, não deve ser considerada simplesmente sob o aspecto formal, mas fático. Como antes dito, a dinâmica dos fatos, a evolução do direito comercial e do direito econômico, demandam uma nova forma de reflexão.

Ainda que certos agentes econômicos possam estar constituídos como entes dissociados de finalidade lucrativa, ou seja, possam estar impedidos de distribuir lucros aos seus associados ou integrantes, nada impede que tenham finalidade econômica, no sentido da extração de vantagens que sejam revertidas para a própria atividade ou serviço prestado, com vistas à realização dos fins institucionais da entidade.

<sup>212</sup> ARDUIM, Ana Lúcia Alves da Costa. *A Teoria jurídica da empresa no direito brasileiro: do comércio à atividade empresária, empresa e estabelecimento, empresário individual, EIRELI, sociedades empresárias e o regime jurídico do empresário*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. pp. 50.

A aplicação do resultado nos fins da própria entidade concretiza o conceito de agente econômico, justificando o seu enquadramento fático como sociedade empresária.

Deve prevalecer, pois, o entendimento de não estar a feição empresarial da pessoa jurídica adstrita à mera natureza jurídica do agente econômico, mas ao impacto da atividade econômica por ele empreendida na economia e na sociedade. Aí o busílis.

Essa percepção está consonante com a própria Lei nº 11.101/2005, a partir do momento em que, ao consagrar no seu artigo 47 o princípio da preservação da empresa, a lei alude à "manutenção da fonte produtora", deixando aberto o caminho para a interpretação que orienta a teoria da atividade econômica.

Colha-se, a propósito, mais este ensinamento do Manoel Justino Bezerra Filho:

Parece não haver dificuldade maior em entender o que significa "fonte produtora" no art. 47, ou seja, aquela atividade da qual decorre a produção de algum bem de valor de mercado. Portanto, o termo "fonte produtora" tem uma abrangência maior do que simplesmente a que é delimitada pelo termo "sociedade empresária", do art. 1º, pois a produção independe da existência de sociedade empresária formalizada nos termos do que determina o Código Civil. "Empresa", igualmente, também não pode ser limitada ao termo "sociedade empresária", pois empresa refere-se à atividade, a qual pode ser entendida como simples atividade, como simples objetivo a atingir, como simples organização que pode ser subsumida

a uma sociedade empresária formal, a uma sociedade simples ou a uma associação.<sup>213</sup>

Creio, assim, que o alargamento da compreensão da atividade empresarial é fundamental à promoção do crescimento sustentável, servindo para evitar o alijamento de certos agentes econômicos importantes para a realização de inovações nos mercados e nas organizações, vetores que são para as transformações sociais.

Porque, na precisão da reflexão do renomado jurista, "a razão econômico-social que fundamentou a LREF (Lei de Responsabilidade Fiscal) foi a necessidade de preservar a atividade econômica de uma empresa, pelo valor social que tal atividade representa"<sup>214</sup>.

Como advertem os Professores Ayoub e Cavalli, não há razão lógica que justifique a opção de excluir do sistema concursal quem não esteja formalmente enquadrado como empresário:

Conquanto a grande maioria dos agentes econômicos sejam qualificados como empresários – legitimados, portanto, a recorrer aos processos concursais previstos na LRF – há em menor número agentes econômicos que não são qualificados como empresários e são excluídos do sistema concursal da LRF. Essa divisão do sistema

<sup>213</sup> Cf. Parecer exarado na Ação de Recuperação Judicial ajuizada por Associação Sociedade Brasileira de Instrução - ASBI e Instituto Cândido Mendes – ICAM – Processo nº 009374-90.2020.8.19.0001. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 009374-90.2020.8.19.0001, 5ª Vara Empresarial da Capital. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&numProcesso=2020.001.071841-8&FLAGNOME=S&tipoConsulta=publica&back=1&PORTAL=1&v=2>

<sup>214</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada*. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 85.

concursal é fundada em razões de path dependence. Ou seja, atualmente reserva-se o sistema de direito concursal para os agentes qualificados como empresários, enquanto os não-empresários são excluídos, apenas porque em um dado momento do passado essa divisão foi afirmada. No entanto, se observado o contexto econômico atual, não há nenhuma razão que justifique a opção de excluir quem não for empresário do sistema concursal da LRF. Qualquer exclusão legal do regime concursal da LRF deve ser afirmada com base em claros objetivos [...] <sup>215</sup>.

A ampliação do rol de legitimados à recuperação judicial atende ao anseio de preservar a atividade produtiva com vistas ao fomento da economia. E o legislador brasileiro está atento à essa necessidade, preocupação que se expressa com muita evidência na elaboração de novos enquadramentos normativos para proteção de certos agentes econômicos antes excluídos da proteção da recuperação judicial estabelecida na Lei nº 11.101/2005.

Observe-se, por exemplo, que o instituto da recuperação judicial hoje já se estende às Associações de Times de Futebol, através da Lei nº 14.193, que instituiu a Sociedade Anônima do Futebol, a denominada Lei da SAF, da qual já se valeram alguns clubes brasileiros.

De mencionar-se, outrossim, que há em tramitação na Câmara dos Deputados alguns projetos de lei formatando mecanismos de recuperação judicial para entidades outras que não apenas empresários e sociedades empresárias. São os Projetos de Lei nº 1483/2022, que altera a Lei nº 11.101/2005 para tratar da recuperação judicial das cooperativas; o PL nº 1262/2021, que altera

<sup>215</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A Construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 3.

a LRF para dispor sobre a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência das pessoas físicas e jurídicas de direito privado, empresárias ou não, e o PL 815/2022, que trata das cooperativas em geral, excluídas as de crédito (eis que sujeitas ao regramento do Banco Central), registradas na organização das cooperativas brasileiras-OCB.

Resta evidente, pois, o intuito de assegurar eficiência e adequação às exigências da vida econômica, como forma de atrair segurança jurídica nas operações de caráter empresarial desempenhadas por agentes econômicos não contemplados objetivamente pela Lei nº 11.101/2005, sobretudo os que têm peculiaridades normativas que acabam impondo desvantagem competitiva e falta de proteção diante da crise econômico-financeira.

Resguarda-se, assim, a atividade produtiva, enquanto atividade de capital e de trabalho, organizada para produção, circulação e distribuição de bens, serviços<sup>216</sup> ou riquezas, e consequentemente os meios de produção, com toda sua relevância econômica no mercado e importância fundamental na sociedade, atividade cujo conceito transcende a noção de empresa mercantil, consubstanciando-se, como antes já se viu, em qualquer entidade que exerça atividade de natureza econômica, dotada ou não de personalidade jurídica autônoma, com capacidade operacional e produtiva<sup>217</sup>.

<sup>216</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp.24.

<sup>217</sup> ALVES, Dora Resende; SILVA, Maria Manuela Magalhães. A prevalência do conceito comunitário de empresa na política da concorrência da União Europeia. *Cadernos de Direito Actual*. Espanha, Vol. Extraordinario, nº 5, pp.43-44.

## CONCLUSÃO

A atividade de natureza empresarial sobressai como meio estratégico para consecução de políticas públicas e sociais, quais as que estão traçadas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, e, por consequência, para o desenvolvimento das economias mundiais.

Na trilha da reestruturação do alicerce institucional, neutralizando ou ao menos minimizando a desigualdade econômica entre a população, a atividade empresarial emerge com força para acelerar o desenvolvimento econômico.

Nessa perspectiva, portanto, é imperioso preservar no mercado os agentes economicamente viáveis, restringindo o mínimo possível o seu acesso aos mecanismos legais de reestruturação econômico-financeira, notadamente, a recuperação judicial.

O formalismo excessivo, o pensamento restritivo, na compreensão da legitimidade ad causam para a recuperação judicial pode importar na exclusão do mercado de relevantes agentes econômicos, atraindo desigualdade de renda e de oportunidades, retração do consumo, impactando negativamente no crescimento da economia como um todo, além de interferir no exercício da cidadania e de afetar o bem estar da população.

A atividade da empresa preserva a cadeia produtiva e gera benefícios para toda a sociedade, sendo o seu estímulo essencial para a estrutura da economia, sobretudo na sua dimensão social.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Dora Resende; SILVA, Maria Manuela Magalhães. A prevalência do conceito comunitário de empresa na política da concorrência da União Europeia. *Cadernos de Direito Actual*. Espanha, Vol. Extraordinario, n° 5, p. 35-47, 2017. ISSN 2340-860x, ISSN e 2386-5229.

ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 1ª edição, maio 2017, p. 27.

ALVISI, Edson; AYOUB, Luiz Roberto. *Associações podem falir? Por uma hermenêutica do art. 2º da lref que fortaleça a recuperação judicial*. Revista Jurídica Portucalense N.º 31, 2022.

ARDUIM, Ana Lúcia Alves da Costa. *A Teoria jurídica da empresa no direito brasileiro: do comércio à atividade empresária, empresa e estabelecimento, empresário individual, EIRELI, sociedades empresárias e o regime jurídico do empresário*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. ISBN 85-7674-689-1.

AYOUB, Luiz Roberto. *O Direito Empresarial em Movimento e a Sua Constitucionalização – Uma análise da recuperação e falência nas e das empresas*. Rio de Janeiro: EDS, 2022, p. 62.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A Construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; TOLEDO, Maurício José Morato de. A Preservação da Empresa e sua Participação para Consecução de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Florianópolis, v. 1, n° 1, p. 255-272, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/issue/view/32>. Acesso em: 10 out. 2020.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada artigo por artigo*. 15.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CABRAL, Diego de Almeida; MELO, Rodrigo Márcio Silva de. *A Carta da Organização das Nações Unidas* [em linha] [consult. 03 set. 2020]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/carta.html#:~:text=A%20Carta%20da%20ONU%20tem,condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20vida%20dos%20indiv%C3%ADduos>

COCA-COLA.  
<https://www.cocacolabrazil.com.br/historias/redes-de-inclusao-as-novas-estrategias-da-coca-cola-brasil-para-ampliar-diversidade>

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. *O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017. ISBN 978-85-444-1511-5.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-6699-8.

DEFICIENTE Ciente [em linha] [consult. 05 nov. 2020]. Disponível em: <https://www.deficienteciente.com.br/cafeteria-em-sp-e-comandada-por-chefs-com-sindrome-de-down.html> e <https://www.baressp.com.br/restaurantes/cafes/chefs-especiais-cafe#:~:text=Rua%20Augusta%2C2559%20%2D%20Cerqueira%20C%C3%A9sar,Paulo%20%2D%20SP%20%2D%201413%2D100&text=A%20cafeteria%20Chefs%20Especiais%20Caf%C3%A9,feito%20por%20jovens%20do%20instituto>.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *O Processo Especial de Revitalização*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5979-2.

L'ORÉAL. <https://www.loreal.com/pt-br/brazil/news/responsabilidadecorporativa/>

MAGAZINE LUIZA.  
<https://www.magazineluiza.com.br/quem-somos/compromisso-com-a-sociedade/>

NABAIS, José Casalta. Alguns aspectos da tributação das empresas em Portugal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 12, n.º 59, nov./dez. 2004.

NATURA. <https://www.natura.com.br/mundo-mais-bonito-com-voce>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* [em linha] [consult. 04 set. 2020]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/os-oito-odms/>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Publicações* [em linha] [consult. 16 nov. 2020]. Disponível em: <https://brasil.un.org/>

PORTAL ACESSE.  
<https://www.portalacesse.com/cafeteria-especial-sindrome-de-down/>

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 009374-90.2020.8.19.0001*, 5ª Vara Empresarial da Capital. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&numProcesso=2020.001.071841->

[8&FLAGNOME=S&tipoConsulta=publica&back=1&PORTAL=1&v=2](https://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&numProcesso=2020.001.071841-). Acesso em: 10 out. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0032148-47.2009.8.19.0001*.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7661-3.

## OS DESAFIOS E OS BENEFÍCIOS NA APLICAÇÃO DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

**Vitor Luiz de Andrade**

Docente na Escola do Legislativo do Estado do Rio de Janeiro - ELERJ(2022);  
Mestrando em Desenvolvimento Local pela UNISUAM(2020/2022); Advogado -  
Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ(2011/Atual);  
Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OABRJ-Subseção da  
Leopoldina(2020/2024).

**Rodrigo Henrique Roca Pires**

Secretário Nacional de Defesa do Consumidor – SENACON (2022), Mestre em  
Direito (Ciências Penais); Examinador do Exame de Ordem da OAB/RJ;  
Professor Universitário nas áreas do Direito Penal e do Direito Processual Penal;  
Professor-Palestrante da Escola Superior de Advocacia. Advogado.

Resumo: na atual sociedade pós-moderna, há sempre uma sensação de estar em disputa, e a impetuosidade desse tipo de litígio é propensa ao conflito. Os direitos do consumidor e seus conflitos existentes no cotidiano da sociedade exigem soluções efetivas e rápidas. O objetivo é analisar a resolução extrajudicial de conflitos no âmbito do direito do consumidor, buscando compreender seus desafios e benefícios. Para dar continuidade ao presente trabalho, foram realizadas algumas pesquisas bibliográficas por meio da leitura de livros, artigos e legislação vigente sobre o tema. Conclui-se que os meios extrajudiciais já são um verdadeiro meio de solução de conflitos aplicável no direito do consumidor, com muitos benefícios, porém, também com alguns desafios.

Palavras-chave: Conflitos. Resolução. Direito do consumidor. Meios extrajudiciais.

## 1 APRESENTAÇÃO

As relações de consumo acontecem todos os dias, fazem parte do cotidiano das pessoas, sempre que compram ou utilizam um produto ou serviço como destinatário final, nas mais diversas situações. Por uma série de razões, essas relações consumistas criam conflitos que muitas vezes são fonte de litígios, congestionando ainda mais um sistema de justiça já sobrecarregado. Infelizmente, a cultura da moralidade, ou seja, a cultura da juridicização, ainda é muito forte na sociedade brasileira.

Diante dessa situação, o presente trabalho busca abordar a utilização dos meios extrajudiciais para a solução de conflitos do direito do consumidor. Uma forma de resolver o conflito deve ser encontrada, e os meios extrajudiciais eram uma opção.

Primeiramente, é importante entender que o direito do consumidor existe no cotidiano desde as civilizações antigas passando pela Revolução Industrial até os dias atuais, lembrando que o surgimento desse direito foi impulsionado por recorrentes conflitos nessa área. áreas, mas não há leis suficientes para tratá-las, os direitos dos consumidores têm origem na busca pela igualdade entre fornecedores e consumidores.

Em seguida, além de entender o conceito de meios extrajudiciais de solução de conflitos e quais são esses meios, é necessário entender os conceitos de fornecedores e consumidores como sujeitos das relações de consumo.

Após isso, faz-se necessária uma análise dos conflitos mais recorrentes no campo do direito do consumidor para verificar que muitos deles podem ser resolvidos por via extrajudicial.

A resolução de conflitos não precisa ser o único meio de judicialização. A judicialização processual muitas vezes é demorada, e essa opção no direito do consumidor acaba não levando a uma solução plenamente eficaz para ambas as partes do conflito.

Esta situação precisa mudar, e uma melhor compreensão do uso de meios extrajudiciais na resolução de conflitos e os benefícios que podem advir de sua utilização no direito do consumidor levará as sociedades a optar por meios extrajudiciais de resolução de seus conflitos, resultando em soluções mais rápidas, implementadas mais eficientemente. A eficiência e a melhoria das relações de consumo ajudarão a reduzir o ônus do sistema de justiça.

A aplicação de meios extrajudiciais para a solução de conflitos começa a ser entendida como uma realidade, cujo uso é incentivado pelo governo brasileiro, conforme consagrado na Lei 13.140/15, conhecida como Lei da Mediação, que trata da mediação e da autoconciliação, e também podemos citar o site Consumidor.gov.br, plataforma lançada em 2014 com o objetivo de se tornar um serviço público de solução extrajudicial de conflitos de consumo via Internet.

Para melhor compreensão do assunto, e para explorar os benefícios que podem ser trazidos ao direito do consumidor pela aplicação da solução extrajudicial de conflitos, bem como as dificuldades encontradas na adoção dessa abordagem, o presente trabalho considera tal aplicação como um direito do consumidor. A boa opção para melhor funcionamento do consumidor porque tem um significado positivo na vida das pessoas, pois as relações de consumo e seus conflitos existem no cotidiano da sociedade.

## 2. OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Para inserir formas que buscam sanar os entraves de maneira límpida e célere, existem basicamente quatro tipos de meios extrajudiciais de soluções de conflitos: a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

De forma bem sucinta, tem-se que a negociação, entre todos os sistemas, é o único instituto que não contém em sua essencialidade o uso de um terceiro, distante das partes litigantes, como ente corroborador com a justiça e com a finalização da lide. Como não existe a mediação de um terceiro no enlace, é necessário que haja o comprometimento das partes com o objetivo de finalizar a disputa. (GUILHERME, 2018)

Segundo o autor, ainda que existam muitas semelhanças ao compararmos a mediação com relação à conciliação, a grande diferença na prática é no poder de atuação do terceiro que visa auxiliar na melhor resolução do conflito, com uma participação menos incisiva, busca uma reaproximação dos envolvidos no litígio.

Por sua vez, a arbitragem é a mais lendária integrante do instituto dos meios extrajudiciais de solução de conflitos tendo uma maior representatividade. Insta frisar que toda essa formatação do instituto é recepcionado pelos principais ramos do direito e do mundo jurídico. Pode-se observar que a arbitragem, mesmo que não tivesse esta denominação, a simples presença de um terceiro que é eleito por ambas as partes do litígio, tendo poderes para decidir uma determinada lide passou a existir devida a necessidade para as partes litigantes buscar uma solução sem que fosse preciso a intervenção do Estado. Deve ser considerado o fator histórico, pois a autonomia da vontade das partes é um fator norteador desse instituto. Desse modo, apenas sobre questões de ordem pública poderá consistir na limitação à autonomia da vontade.

Para o autor, as demais características da arbitragem são a neutralidade, exequibilidade, celeridade, especialidade dos árbitros e a confidencialidade, comuns nos procedimentos arbitrais tanto nacionais quanto internacionais. (GUILHERME, 2018)

A resolução de conflitos entre particulares é normalmente resolvida através dos tribunais, mas face aos problemas enfrentados desta forma, os métodos alternativos ganham uma vantagem no nosso sistema, dados os múltiplos benefícios que proporcionam às partes envolvidas.

Mediação e mediação são algumas alternativas. A partir da mediação, desta forma, as partes escolhem voluntariamente um terceiro, que tem seu papel, lembrando que ele deve manter a imparcialidade e restabelecer a relação entre as partes, ou seja, permitir que as partes conversem e cheguem a um acordo conforme tanto quanto possível.

Nesse sentido, a mediação é um processo informal de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial, neutro e sem poder de decisão auxilia as partes a estabelecer comunicação, salvaguardar interesses e chegar a um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são orientadas por um terceiro (o mediador) que não influencia o resultado final (FREITAS JÚNIOR; ZAPPAROLLI, 2007). O mediador ajuda a resolver as questões básicas que devem ser resolvidas no processo sem decidir ou influenciar as decisões das partes.

À semelhança da mediação, a mediação tem o mesmo procedimento, no entanto, aqui é nomeado um mediador que, mantendo a imparcialidade, exige que as partes divulguem os factos para que lhe sejam apresentadas algumas alternativas para resolver as questões em causa.

Conforme elucidado por Magalhães (2008, p. 28), o terceiro interveniente (o mediador) atua como um “elo de ligação” e assim visa levar as partes a um acordo por meio da identificação de problemas e possíveis problemas. Ele não precisa ser neutro [ao contrário de um mediador], ou seja, pode intervir no mérito da questão. O mediador não decide o conflito, ele pode apenas sugerir uma decisão; a decisão cabe às partes.

A arbitragem também é um meio privado de resolver disputas jurisdicionais. As partes envolvidas no conflito elegem um árbitro para resolver o conflito, lembrando que esse número deve ser justo. Este método de resolução de conflitos é escolhido pelas partes quando celebram um contrato, normalmente através de uma cláusula de arbitragem ou acordo. De acordo com Carlos Alberto Carmona (2009), a arbitragem é uma forma alternativa de resolução de disputas em que uma ou mais pessoas derivam poder de um acordo privado e tomam decisões em conformidade. (Carmona, 2009).

Recentemente surgiu o ODR (Online Dispute Resolution), que é uma plataforma online destinada à resolução de conflitos por via extrajudicial, ou seja, um método online de resolução de litígios.

Analisando esse avanço, sabe-se que essa nova ferramenta facilita as partes nessas disputas, pois economiza tempo, dinheiro e menos sofrimento emocional, pois não precisam lidar com as questões enfrentadas pelo judiciário.

Ganham destaque este e outros métodos de solução extrajudicial de conflitos já citados acima, ou melhor, para resolver crises judiciais conforme aumenta o número de ações judiciais, de forma que a resolução das disputas leva muito tempo para ser resolvida, Lento, sem falar no alto custo processual.

### 3. AUTOCOMPOSIÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Permita a automontagem ao lidar com os benefícios materiais disponíveis. Assim, é possível reconhecer suas três formas clássicas: transação, efetivação e retirada, que são reconhecidas tanto no domínio processual quanto extraprocessual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010). Segundo Didier Junior (2017), uma transação ocorre quando duas partes concordam em encerrar uma disputa; a submissão é caracterizada pela submissão voluntária de uma das partes à outra; a desistência é quando uma das partes renuncia a um conflito.

Na verdade, trata-se de um processo voluntário, desenvolvido a partir do princípio da autonomia da vontade, que, segundo Moore (1998), é quando as partes não mais acreditam que parecem envolver a assistência imparcial de um terceiro.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, é não apenas um meio eficaz e econômico de solução de conflitos, mas também um valioso instrumento de cidadania, potencializando a participação popular no exercício do poder. Refere-se ao poder de resolução de conflitos em que os interessados são protagonistas na construção de decisões jurídicas que regulam suas relações (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 305).

Portanto, não deve ser entendida apenas como uma ferramenta alternativa para superar crises judiciais, uma vez que a conciliação e a conciliação, ao contrário do processo judicial, têm procedimentos diferentes e autônomos e criam relações informais e formais difíceis, além de mediadores e mediadores se comportarem de maneira diferente dos juízes. .

Antes da versão do CPC, o instrumento normativo que regia a auto-organização era a Resolução CNJ nº 125/2010 foi pioneira nesta questão no ordenamento nacional, regulamentando a atuação dos mediadores e mediadores (art. 12 da Resolução), e ainda estabelecendo um código de ética para mediadores e mediadoras (anexo III da Resolução) Resolução).

Com base nesse entendimento, Grinover (2015, p. 51) defende a existência de um sistema miniaturizado de métodos consensuais de solução judicial de controvérsias no Brasil, regido pelos referidos instrumentos normativos, com o acréscimo da lei de conciliação para resolução de controvérsias em administração privada e administração pública Conflitos de autocomposição.

Deve-se notar que os marcos regulatórios não são inconsistentes, mas sim complementares. Porém, em casos excepcionais, havendo pequenos conflitos entre eles, serão resolvidos pelas normas clássicas, portanto, prevalece a lei da conciliação diante das transgressões, por se tratar de norma específica derogatória à conduta geral.

Vale ressaltar que a resolução do CNJ 125/2010 estabelece as instituições de mediação, conciliação e negociação como forma de permitir aos cidadãos o acesso à justiça, judicial ou extrajudicial, através da autocomposição.

#### 4 OUTRAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DOS CONSUMIDORES

Quando se trata de relações de consumo, as pessoas não podem deixar de pensar na palavra consumismo. Vivemos em uma sociedade onde a única forma de se sentir aceito é comprando bens de consumo. O ser humano precisa consumir bens que atendam às suas necessidades mais básicas e que lhe proporcionem certa qualidade de vida. Dessa necessidade decorrem os princípios das relações de consumo, consumidor e fornecedor.

Segundo Schmitt e Barbosa (2016), cabe ressaltar que uma sociedade de consumo é formada por consumidores cujas necessidades são satisfeitas por fornecedores de produtos e mercadorias, ou que os consumidores são lesados, as relações de consumo podem se transformar em disputas.

O consumidor é sempre a parte mais vulnerável da relação de consumo, pois os fornecedores têm conhecimento e vantagem para enfrentar consumidores despreparados que na maioria das vezes desconhecem seus direitos. Diante desse cenário de demanda pelo consumismo contencioso, surgiram os mediadores sob os auspícios da Lei 13.140, que prevê métodos alternativos de solução de conflitos, visando diminuir a sobrecarga do judiciário e evitar a entrada de novos litígios no sistema há anos se destaca.

A palavra conflito traz diversos significados em seu contexto onde podem ser elencados os significados de antagonismo, luta, rivalidade, guerra entre pessoas, diferença de pensamento ou opinião, luta, discordância, etc. Sobre esse tema, Morais et al. consciência da forma de oposição, valores ou armas.

Para uma explicação mais detalhada do termo conflito, inclui um confronto entre dois organismos ou grupos da mesma espécie que demonstraram intenções hostis entre si, geralmente a lei. Para fazer valer, preservar ou restaurar esse direito, muitas vezes recorrem à violência, que pode resultar na eliminação de uma das partes em conflito (MORAIS et al., 2012, p. 45).

No mesmo sentido, Cintra et al. (2010, p. 26) defendem que a palavra conflito é caracterizada em situações em que um indivíduo deseja obter para si algo que não pode ser alcançado porque essa pessoa pode tornar a posse possível Não, ou porque a própria lei proíbe reivindicações voluntárias.

Segundo Sales et al., (2009, p. 75) o conflito é analisado como um problema cotidiano, inerente ao desenvolvimento de relacionamentos. O significado do conflito neste contexto é uma tentativa de quebrar a resistência do elemento opositor a fim de controlá-lo e assim acumular recursos, porém quando desafiados os adversários podem protestar de forma prosaica ou imprevisível dependendo dos ousados aspectos culturais do social contexto envolvido.

Nesse sentido, uma percepção negativa do conflito desencadeia uma série de atitudes e reações negativas entre os litigantes, muitas vezes levando a uma mudança na base do conflito, pois ocasiões estressantes acabam dificultando a compreensão real das questões, que em Por sua vez, quando é possível entender o conflito de forma positiva, ambas as partes se beneficiam.

Reconhecendo os problemas da sociedade contemporânea, e dada a complexidade das relações estabelecidas e, sobretudo, a complexidade dos conflitos que podem surgir, há muito que se procuram soluções alternativas para esses conflitos.

Deste modo, as atividades voltadas para a resolução de conflitos por meio de métodos alternativos são a arbitragem, a mediação e a conciliação. A tutela jurisdicional tem cedido lugar, ainda muito gradativamente, a estes meios alternativos de resolução de conflitos na busca pela solução de litígios, pois são considerados menos formais e onerosos e mais céleres (BRASIL, 2015).

Sica (2011) ao tratar da mediação a define como uma forma intuitiva e natural de enfrentar um problema ou conflito entre duas ou mais pessoas, dois ou mais pontos de vista ou posições opostas. É natural que as pessoas envolvidas em um conflito saiam de uma situação desconfortável e problemática. Naturalmente, se nenhum dos lados puder criar as condições para o diálogo, eles recorrerão a um terceiro para facilitar o diálogo e, finalmente, criar um ambiente propício para uma solução consensual.

Pensando nisso, a mediação foca no bem-estar social das partes, permite que as partes expressem seus sentimentos e frustrações e promove uma cultura de diálogo ao invés de simplesmente resolver a disputa porque ela pode ser resolvida e as partes continuam em conflito. Na mediação, ambas as partes têm que fazer sacrifícios, e ambas as partes têm que fazer uma pequena concessão, para que a disputa seja resolvida amigavelmente, e se isso não for possível, a parte prejudicada pode buscar seus próprios direitos no campo judicial, mas terá que lidar com o tempo e o ônus do sistema de justiça.

A mediação, processo célere de resolução de conflitos, é um método de transformação social que promove uma cultura de diálogo perdida em nossa sociedade. Os indivíduos perderam a arte da comunicação, tudo se resolve aos gritos, as pessoas não sabem sentar e conversar, não sabem resolver seus problemas de consumismo de forma amigável sem envolver o sistema jurídico.

Assim, a conciliação, segundo Barbosa (2003, p. 252), é considerada o processo menos ameaçador ao *status quo*, pois as partes geralmente não são obrigadas a chegar a um acordo. Tudo o que é oferecido é uma oportunidade para discutir e explorar a possibilidade de uma solução aceitável para todos.

A conciliação é considerada um procedimento condescendente, ou seja, "um procedimento excepcionalmente flexível que permite explorar os reais interesses das partes, que as partes percebem como menos contundentes. Em uma análise plana, é a forma mais simples e administrável de intervenção de terceiros procedimentos." (BARBOSA, 2003, p. 252).

O principal objetivo da conciliação é resolver disputas, ou seja, buscar um acordo entre as partes em conflito para encerrar as reivindicações. Para que se chegue a um acordo é necessária a intervenção de um mediador, que procure orientar ambas as partes a compreenderem a importância de uma solução amigável, fazendo propostas mutuamente satisfatórias para o fim do conflito existente.

Silva (1999) argumenta que a conciliação tem como objetivos aproximar as partes emocionalmente carregadas ao chegar a uma audiência, procurando conciliar o equilíbrio emocional e conduzi-las a um processo de conciliação para resolver amigavelmente um conflito jurídico estabelecido. O conciliador, portanto, deve explicar às partes as vantagens da conciliação, apresentando-lhes os riscos e as consequências do litígio.

A arbitragem, por sua vez, é um meio de solução de conflitos que possui legislação própria, determinada pela Lei 9.307/96, que descreve em seus artigos as disposições gerais da arbitragem, incluindo a convenção de arbitragem e sua validade, os árbitros e o procedimento arbitral. A arbitragem é considerada como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos, entretanto, é considerada como uma forma composta heterogênea, contraditória.

A arbitragem difere dos demais métodos porque na arbitragem a decisão é tomada por um terceiro, denominado árbitro, que é eleito pelas partes e de sua decisão não cabe recurso.

Segundo Barbosa (2003, p. 253), a arbitragem é definida como o meio extrajudicial de solução de controvérsias em que as partes conferem a um terceiro neutro e imparcial o poder de decidir de forma compulsiva questões que surgiram ou podem surgir em uma determinada relação jurídica. Fica claro, portanto, que a arbitragem se assemelha à determinação judicial, pois em ambos os casos um terceiro, seja um árbitro ou um juiz, tem autoridade para decidir sobre a controvérsia.

Segundo Spengler (2012), para melhor compreender o instituto, é preciso destacar algumas características. A primeira destas é a ampla liberdade contratual, uma vez que se estabelece por acordo das partes, podendo estas definir o objeto do litígio e mesmo escolher as normas de direito substantivo e os objetos a que se aplicam.

A segunda característica que Spengler (2012) destaca é a possibilidade de a arbitragem ser utilizada em qualquer disputa envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (contratos em geral, civis e comerciais). A terceira característica, segundo o autor, é que se considera a arbitragem como justiça técnica, ou seja, uma vez satisfeita a capacidade civil, as partes têm a liberdade de escolher o árbitro que encarregam de dirimir o litígio (SPENGLER, 2012).

A quarta característica na visão de Spengler (2012) é a viabilidade que a arbitragem possui de permitir ao árbitro disciplinar o processo caso as partes não tenham chegado a um acordo a esse respeito. A quinta, e última, característica que Spengler (2012) elenca é a possibilidade de se transformar a sentença arbitral em título executivo judicial, conferindo-lhe os efeitos de sentença declaratória ou constitutiva.

Na arbitragem, existem procedimentos arbitrais que devem ser observados e seguidos, bem como os princípios do procedimento arbitral estipulados para assegurar garantias, tais como os princípios da igualdade das partes, do contraditório e da defesa adequada, e da imparcialidade dos árbitros, tudo contido nos princípios fundamentais do devido processo legal. (SPENGLER, 2012, p. 233).

A partir do momento em que as partes decidem sobre a escolha da arbitragem e seus procedimentos, é necessário considerar o papel do árbitro, que tem papel importante a desempenhar no resultado almejado. De acordo com Spengler (2012, p. 241) o árbitro é toda pessoa maior de idade e competente que tenha investido na confiança das partes designadas para dirimir a controvérsia, proferindo decisão que seja composta de forma que a relação entre os litigantes continue após a conclusão do procedimento arbitral. .

Por ser a arbitragem considerada um método decisório mais próximo do processo judicial, porém mais célere e sigiloso que o processo judicial, ela apresenta algumas vantagens processuais. Pode ser aplicada a diferentes tipos de disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, nomeadamente contratos em geral. Uma vez que o tribunal arbitral profere uma sentença arbitral nos termos do artigo 18 da Lei 9.307/96, ela se torna uma ferramenta de execução judicial sem recurso ou aprovação do judiciário.

## 5. PROCON, COMO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO EXTRAJUDICIAL, NA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), concebido para dirimir conflitos, facilitar o acesso à justiça e assegurar a harmonia nas relações, atinge o patamar de uma infraestrutura de defesa do consumidor na promoção e defesa dos direitos do consumidor. Assim, o artigo 105 do CDC especifica os órgãos que compõem esse sistema de defesa, proteção e fiscalização. Trata-se, portanto, de entidades de defesa do consumidor federais, estaduais, distritais, municipais e privadas que são utilizadas, na maioria das vezes, como instrumentos para desfazer obstáculos decorrentes das relações de consumo.

Nesse sentido, Gama (2000) afirma que o sistema é projetado para permitir que programas espontâneos ou direcionados fluam dentro dele para proteger os consumidores.

O PROCON pode ser um órgão estadual, regional ou municipal, instituído por lei especificamente para esse fim, com competência limitada nos limites de seus poderes normativo e policial, tendo política de fiscalização e fiscalização das relações de consumo e aplicando as sanções administrativas correspondentes, orientar os consumidores e fornecedores para defender seus direitos. Além disso, possuem funções educativas, informativas e preventivas relacionadas ao seu viés de conciliação, fortalecendo a conexão entre os cidadãos e suas reivindicações.

Dentre outras atividades, o PROCON exerce o papel de órgão orientador e julgador dentro de sua competência e legislação complementar, de acordo com o disposto nos procedimentos administrativos, cumprimento das disposições legais e condutas

prescritas, garantindo maior transparência, celeridade e eficiência. Para tanto, como forma de garantir o amplo acesso à justiça, as instituições auto-organizadas podem servir como alternativa para a resolução de conflitos, complementando a experiência da terceira onda proposta por Cappelletti e Garth (1988).

Por priorizar o equilíbrio das relações de consumo, e por ser um órgão executivo e não judiciário, é considerada a instituição constituída dentro do órgão de conciliação por meio do qual são resolvidos os conflitos. Assim, além de ações voltadas à educação e orientação sobre relações de consumo, a agência também privilegia políticas de conciliação em consultas iniciais e processos administrativos decorrentes de reclamações de consumidores.

Essa tendência à conciliação como alternativa de solução de conflitos é reforçada nos PROCONS ao garantir maior agilidade, determinação e menos burocracia, pois não há necessidade de contratação de advogados, audição de testemunhas ou mesmo a inércia da condução do processo judicial, revelando-se uma alternativa eficaz às demandas consumeristas.

Além disso, a cultura instituída pelo CPC/2015 dá maior ênfase à autocomposição e expressa a prioridade de instituições como a conciliação para promover avanços na sociedade brasileira de forma célere, justa e eficaz, o que deve ser sempre aplicado. Dessa forma, ao desenvolver suas atividades, a instituição visa atender às necessidades da população por meio de decisões tomadas entre as partes, em oposição a decisões judiciais proferidas por terceiros.

No equilíbrio da conciliação de conflitos, seja em serviços ou em processos administrativos, cabe ao órgão buscar a satisfação de todas as partes por meio de acordos entre consumidores e fornecedores. O facto de se ter chegado a um acordo já justifica as tendências de conciliação da agência, uma vez que um acordo é entendido como uma concessão mútua de direitos e interesses,

caminhando para um terreno comum, de forma a acabar com os desentendimentos entre as duas partes, e é um acordo entre as partes do terreno comum, que colocará em prática os Princípios da busca do consenso (BRITTO; SANTOS, 2009).

A importância da conciliação administrativa é benéfica porque, além de satisfazer os consumidores, isenta os fornecedores das sanções administrativas contidas no art. Artigo 56 do CDC, multas, confisco de produtos, apreensão de empresas e intervenção administrativa. Essas sanções devem obedecer aos padrões legais por meio de decisões administrativas sólidas, levando em consideração a lei, a doutrina, a jurisprudência e todas as fontes de direito aplicáveis ao caso (SALDANHA, 2012).

Além disso, a importância da conciliação se deve ao fato de o PROCON se apresentar como uma fonte alternativa, um meio além da justiça, desburocratizado, gratuito e independente. Essa importância reduz o número de demandantes judiciais que, ao invés de buscar tribunais ordinários ou mesmo especiais, utilizam as instituições como alternativa, diminuindo a carga do judiciário e potencializando a conciliação.

Além disso, o órgão busca prevenir novos danos aos consumidores por meio da conciliação para que o PROCON tenha a confiança da comunidade, representando-o como um celeiro nacional das necessidades disponíveis (CAMPOS, 2014). Assim, há um equilíbrio entre consumidores e fornecedores para alcançar a satisfação mútua sem impor sanções mais duras, podendo evitar demandas ao judiciário de forma a promover a paz.

## 6 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho é identificar e compreender os principais desafios e benefícios da aplicação dos meios extrajudiciais de solução de conflitos no direito do consumidor. Percebe-se que a relação de consumo é evidente no cotidiano das pessoas, sendo necessárias leis que possam resguardar os direitos e interesses dos consumidores, por isso são necessárias leis que estão em constante mudança com a sociedade.

A aplicação de meios extrajudiciais para a solução de conflitos no direito do consumidor por meio de um sistema judiciário superlotado é, portanto, uma mudança necessária e muito positiva diante da realidade vivida atualmente no país. Lembre-se que muitos conflitos nas relações de consumo podem ser resolvidos sem a busca pela via judicial, o que pode levar a uma resolução mais rápida (em menos tempo) e eficiente.

Consequentemente, tem havido alguns esforços no sentido de incentivar os consumidores e fornecedores a optarem por meios extrajudiciais e por vezes administrativos para a resolução dos seus conflitos. Nota-se que ainda há muitos desafios a serem superados na aplicação da via extrajudicial no direito do consumidor, por exemplo, se a arbitragem suscitar dúvidas sobre a possibilidade de tal resolução de conflitos. Porém, mesmo com todos os desafios, pode trazer benefícios.

Esses benefícios afetam direta ou indiretamente o ordenamento jurídico brasileiro, os consumidores e a sociedade como um todo, provocando mudanças dramáticas na vida das pessoas. A justificativa para estudar o tema e a necessidade urgente de sua crescente divulgação e aplicação.

Hoje vivemos em uma sociedade de consumo, os produtos e serviços oferecidos no mercado, as propagandas que despertam o

desejo dos consumidores e os créditos convenientes acabam levando a uma enorme demanda pela satisfação de compra de produtos e serviços, que é o que, na grande maioria das vezes, o que as pessoas fazem como consumidores. Como o consumidor é considerado a parte fraca na relação de consumo, acaba sendo seduzido pelas condições do mercado.

A fim de proteger os interesses dos consumidores, o país busca maneiras de proteger os consumidores por meio da proteção dos direitos e interesses dos destes, razão pela qual se formulou o Código de Defesa do Consumidor para esse fim.

A procura de soluções para os conflitos por meio da conciliação, da mediação, e da arbitragem, forma alternativa de resolução de demanda, consideram celeridade da resolução do litígio, uma vez que esta é cada vez mais rápida e que o tempo para a procura de soluções pela via judicial tem sido retardado.

Esses métodos alternativos são menos formais, portanto, as disputas podem ser resolvidas e resolvidas rapidamente, a um custo menor e, na maioria dos casos, são mais eficientes do que o processo tradicional.

Os meios alternativos possibilitam o diálogo entre as partes envolvidas para chegar a um acordo de forma pacífica, para isso é utilizada a técnica da autocomposição para cada tipo de conflito apresentado.

Finalmente, há a necessidade de encontrar soluções alternativas para conflitos em termos de direitos do consumidor e relações de consumo. Nesse sentido, é relevante a importância dos sistemas nacional e municipal na implementação de políticas públicas voltadas à proteção do consumidor.

Por tudo isso, as instituições de conciliação na esfera administrativa têm se mostrado uma prática eficaz e uma alternativa nas sociedades contemporâneas, que são estimuladas a buscar novos meios de acesso à justiça.

Ao mesmo tempo, as instituições de conciliação aparentemente ganharam maior visibilidade e autonomia na resolução de conflitos consumeristas, principalmente por meio do PROCON, órgão oficial de defesa do consumidor. Isso porque pode aumentar a agilidade, desburocratizar, aumentar a eficiência, a soma das vontades de todas as partes e, o mais importante, a satisfação de todas as partes na relação.

Além disso, dentro da agência, há articulação e equilíbrio entre consumidores e fornecedores, seja em reuniões, consultas iniciais, fiscalizações ou mesmo audiências de conciliação, pois o objetivo é educar os consumidores que buscam a igualdade de forma educativa. por seus direitos, o que está associado a expectativas positivas de solução extrajudicial de controvérsias.

Isso leva a um avanço processual, pois possíveis demandas do judiciário são resolvidas de forma satisfatória administrativamente por meio da desjudicialização das disputas sociais. Com isso, o judiciário, que havia sido rejeitado por morosidade processual, lentidão e alto custo, foi finalmente aliviado em muitas questões relacionadas ao direito do consumidor, uma vez que suas reivindicações foram objeto de conflitos administrativos enfrentados pelo PROCON, dos quais, além de Como alternativa, também se tornou mais eficiente e simplificado.

Outra visão é que o uso corporal de autocomposição deve ser visto como um exercício pleno de cidadania em que as partes (fornecedores e consumidores) constroem seus próprios julgamentos com base nos princípios de autonomia da vontade, igualdade de todas as partes e princípios de busca de interesses, apoiando a abertura das

portas da justiça e possibilitando ampla satisfação e exigibilidade. Assim, mantendo seu papel social em nosso país democrático de direito.

#### REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum e múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Editora Grupo de Pesquisas, 2003. P. 243-262.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em 14 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em 15 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 21 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da mediação. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em 06 de setembro de 2022.

BRASIL. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, DF. Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRITTO, Igor Rodrigues; SANTOS, Ricardo Goretti. O papel do proconna defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p.281-306, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21619/15644>.

CAMPOS, André Medeiros. O acesso à justiça no direito brasileiro e a importância do PROCON como uma forma alternativa para a resolução de conflitos. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31695/o-acesso-a-justica-no-direito-brasileiro-e-a-importancia-do-procon-como-uma-forma-alternativa-para-a-resolucao-de-conflitos>..

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

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CÓDIGO DE HAMURÁBI. Disponível em: <https://www.pravaler.com.br/wpfiles/download/codigo-de-hamurabi-idioma-portugues-download-pdf.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2022.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Disponível em:  
<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1637176848498>.  
Acesso em 06 de setembro de 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 879 p.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de; ZAPPAROLLI, Célia Regina. Mediação de conflitos e promoção da cultura da paz. São Paulo:[sn], 2007.

GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de direito do consumidor. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 205p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo código de processo civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (org.). ProDireito: Direito Processual Civil. Porto Alegre: Secad, 2015, p. 51-53.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. Manual de arbitragem e mediação: Conciliação e negociação. 4ª ed, 2018.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e convenção arbitral. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MOORE, Chistopher. O Processo da Mediação. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SALDANHA, Celso de Jesus Pereira. A conciliação no PROCON/PA: um meio alternativo para a resolução do conflito nas relações de consumo. 2012. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/20863/a-conciliacao-no-procon-pa-um-meio-alternativo-para-a-resolucao-do-conflito-nas-relacoes-de-consumo>>.

SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. Manual de direito do consumidor. Porto Alegre: Companhia Riograndense Artes Gráficas, 2016.

SICA, Leonardo. Mediação e Reconstrução do Sistema de Regulação Social “Crime – Pena”. Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo:Saraiva, 1999.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

**DA ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO  
FEDERAL AO TRATAR DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DE  
INTERESSE COMUM**

PROPER INTERPRETATION OF FEDERAL LEGISLATION  
WHEN DEALING WITH PUBLIC FUNCTIONS OF  
COMMON INTEREST

**Marcelo Lopes da Silva**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro de 2019 a 2020

Secretário de Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro em 2020

Procurador-Geral do Instituto Rio Metrópole

RESUMO: Neste artigo analisa-se a iniciativa da legislação federal que, de forma restritiva, procurou definir as funções públicas de interesse comum. Examina-se a finalidade da integração da gestão de serviços públicos por meio de agrupamentos municipais, a divisão de competências entre Estado e União na matéria, bem como a relação entre interesse local e interesse comum. É sugerida uma adequada interpretação da legislação federal, partindo-se da premissa de que a competência para definição das funções públicas de interesse comum é estadual, além do interesse local não se submeter ao princípio da

1084

subsidiariedade e ser necessário conferir-se a máxima efetividade às normas constitucionais.

Palavras-chaves: Função Pública de interesse comum. Definição. Competência legislativa. Princípio da subsidiariedade. Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

ABSTRACT: This article analyzes the initiative of the federal legislation that, in a restrictive way, tried to define the public functions of common interest. It examines the purpose of integrating the management of public services through municipal groupings, the division of powers between the State and the Union in this matter, as well as the relationship between local interest and common interest. An adequate interpretation of federal legislation is suggested, starting from the premise that the competence for defining public functions of common interest lies with the state, in addition to the local interest not being subject to the principle of subsidiarity and the need to give maximum effectiveness to the constitutional norms

Keywords: Public function of common interest. Definition. Legislative competence. Subsidiarity principle. Principle of maximum effectiveness of constitutional norms.

1085

## 1. INTRODUÇÃO

Ao traçar as diretrizes do setor de saneamento básico, o legislador federal, no artigo 8º da Lei 11.445/07, com a redação dada pela Lei 14.026/20, também chamada de Novo Marco do Saneamento Básico (NMSB), resolveu tratar da titularidade deste serviço público. A princípio, não haveria essa necessidade, pois a titularidade, ou competência para prestação do serviço é compreendida a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), mas não a partir da legislação. O intuito, porém, foi deixar registrada a conclusão alcançada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) de n.º 1842 em relação aos agrupamentos municipais do art. 25, § 3º da CRFB.

Em sua abordagem, porém, o legislador federal também procurou definir os serviços públicos de saneamento básico de interesse comum no art. 3º, XIV da Lei 11.445/07<sup>218</sup>, exigindo que haja o compartilhamento de instalações operacionais (BRASIL, 2007).

---

<sup>218</sup> Lei 11.445/07, art. 3º, XIV - serviços públicos de saneamento básico de interesse comum: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, **em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios**, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais.

Anteriormente, a Lei 13.089/15 (Estatuto da MetrÓpole), em seu art. 2º, II, já havia elaborado uma definição de função pública de interesse comum, baseada na inviabilidade do serviço ou na produção de efeitos além dos limites municipais (BRASIL, 2015)<sup>219</sup>. Para Jerson Kelman, Paulo Canedo e Marcela de Oliveira Santos tais previsões tem gerado o entendimento de que somente nas hipóteses retratadas na legislação federal, tanto na Lei 11.445/07<sup>220</sup> quanto na Lei 13.089/15<sup>221</sup>, poderia ocorrer a gestão integrada de funções públicas nos agrupamentos municipais do art. 25, § 3º da CRFB (KELMAN; CANEDO, 2021, 131) (SANTOS, 2022, p. 466). As hipóteses previstas na legislação federal seriam, para a corrente doutrinária acima citada, **taxativas**.

Este artigo pretenderá demonstrar que as previsões da legislação federal foram extremamente restritivas e devem ser consideradas **exemplificativas**, sob pena do legislador federal restringir a instituição dos agrupamentos municipais<sup>222</sup>, usurpando a

---

<sup>219</sup> Lei 13.089/15, art. 2º, II - função pública de interesse comum: política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes.

<sup>220</sup> “Portanto, um município só poderá optar por não integrar um bloco de municípios criado por lei estadual para a prestação e regulação do serviço de saneamento básico se todas as instalações forem de uso exclusivo do município.” (KELMAN; CANEDO, 2021, 131)

<sup>221</sup> “Ou seja: as políticas públicas, ou ações nela inseridas, que forem viáveis de serem realizadas por um município isolado e que não causem impacto a outros municípios, são funções públicas municipais; as funções que causem impacto em outros municípios, e cuja realização por apenas um município não seja viável, são FPICs.” (SANTOS, 2022, p. 466)

<sup>222</sup> Dispõe o art. 25, §3º da CFRB: “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e

competência legislativa que cabe, hoje, aos Estados, e não mais à União, para instituir os agrupamentos municipais e definir as funções públicas de interesse comum que serão integradas.

Para chegar-se a tal conclusão, buscar-se-á investigar como deve ser compreendida a expressão constitucional “**interesse comum**” que qualifica as funções a serem integradas em agrupamentos municipais a partir da finalidade da integração municipal em tela, adotando-se a premissa defendida por Luís Roberto Barroso de que a integração de funções públicas mediante o agrupamento de municípios foi criada com a finalidade de atender um interesse comum, uma espécie de interesse público titularizado pela coletividade abrangida pelos municípios agrupados:

Percebeu-se, com relativa facilidade, que os Municípios, isoladamente não eram capazes de prestar os serviços demandados por essa enorme quantidade de pessoa que passou a viver nos grandes centros ou ao seu redor, sem qualquer preocupação específica com os limites municipais. O fato é que atender às

---

microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”. (BRASIL, 1988)

necessidades desse contingente populacional tornou-se caro, complexo e muitas vezes tecnicamente inviável para cada Município sozinho. A solução foi adotar-se a prestação integrada pela autoridade regional, no caso os Estados, **de modo que o interesse público** – aí entendido o interesse primário, isto é, da população e não o interesse fazendário de cada ente estatal - **fosse mais bem atendido**. (BARROSO, 2003, p. 133)

Parte-se de uma interpretação teleológica, pois segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.

(MELLO, 2003, p. 97)

Busca-se com esta iniciativa alcançar uma compreensão da essência deste interesse comum, por ser necessário extrair-se deste instituto constitucional a máxima efetividade na realização de sua finalidade (BRASIL, 2021, p. 15), alcançando-se o máximo potencial da integração municipal ora comentada, que se caracteriza como um importante instrumento para o desenvolvimento de políticas públicas no federalismo de integração (ALVES, 2016, p. 79)<sup>223</sup>.

Não será abordado o aspecto da conurbação<sup>224</sup> por não ser exigência constitucional dos agrupamentos municipais, cabendo à legislação infraconstitucional delimitar em que condições deve ser atendida, além de não ter relevância para as microrregiões, como destacou o Ministro Nelson Jobim em seu voto na ADI nº 1842 (BRASIL, 2013, p. 80)<sup>225</sup>. Busca-se, portanto, uma identificação da essência do interesse comum que sirva de fundamento para todas as formas de agrupamentos municipais.

<sup>223</sup> “Desse modo, no Brasil, vigora atualmente um quadro de competências constitucionais cuja distribuição caracteriza o federalismo de integração, sucessor do federalismo de cooperação, ambos contrários ao federalismo dualista, de caráter rígido, onde dominavam as competências exclusivas”. (ALVES, 2016, p. 79)

<sup>224</sup> Compreendido como o fluxo de bens, pessoas e serviços entre centros urbanos que forma uma continuidade espacial de relevância social, política e econômica.

<sup>225</sup> “Já as MICRORREGIÕES sugerem o agrupamento de MUNICÍPIOS sem o fenômeno da conurbação”. (BRASIL, 2013, p. 80)

Também não será alvo deste artigo a situação caótica da autonomia municipal em nosso país<sup>226</sup> que tem sido alvo de críticas, como defendido por Dalmo de Abreu Dallari (1986, p. 63), dentre outras, pelos equívocos dos atuais critérios de distribuição do fundo de participação dos municípios – FPM, bem explicado por Fernando José Longo Filho (2019, p. 45-46)<sup>227</sup>, assim como pelas dificuldades resultantes do elevado número de municípios com pequena população<sup>228</sup>. Apesar de tais aspectos prejudicarem o federalismo brasileiro, também merecem solução por parte do legislador, por isso que não serão considerados na abordagem aqui feita que é focada apenas na interpretação do interesse comum.

<sup>226</sup> “Embora sendo o nível ou a esfera que mais corresponde a uma formação natural e que mais oferece a possibilidade de realização da democracia, os municípios não conseguem viver com autonomia. Em algumas Constituições, como a do México e a do Brasil, é formalmente definida a natureza política das unidades municipais, com a afirmação de que deve ser assegurada sua autonomia. Entretanto, na atribuição das competências e na distribuição das rendas públicas, os Municípios sempre recebem muito pouco e, por isso, vivem em situação de constante dependência, ficando assim anulada a autonomia política formal”. (DALLARI, 1986, p. 63).

<sup>227</sup> “Daí que a lógica do FPM é reversa à sua instituição, na medida em que não equaliza as relações federativas, mas amplia o fosso entre Norte e Sul. Além disso, o critério de distribuição fixado a partir de um número de habitantes por município incentivou a criação e desmembramento de municípios, uma vez que um município de 500 habitantes recebe o mesmo aporte de recursos que um município de 10.000 habitantes.” (LONGO FILHO, 2019, p. 45)

<sup>228</sup> “[...] a proliferação de municípios teve como resultado a ineficiência do gasto público e a dispersão dos gastos públicos. A ineficiência do gasto público porque os novos municípios tendem a aplicar os recursos financeiros com custeio [...] A dispersão de **recursos** públicos também compromete a prestação de serviços públicos, na medida em que, muitas vezes, a prestação de serviços públicos somente é viável com ganho de escala [...]” (LONGO FILHO, 2019, p. 46)

Este artigo é permeado, além de pertinentes manifestações doutrinárias, pelo conteúdo dos votos dos ministros que participaram do julgamento da ADIN nº 1842, que se tornou um paradigma na matéria e influenciou a legislação federal.

## 2. FINALIDADE DA INTEGRAÇÃO DA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR MEIO DOS AGRUPAMENTOS MUNICIPAIS:

O tema é tratado no art. 25, § 3º, da CRFB:

§3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (BRASIL, 1988).

A expressão função pública é mais abrangente do que

serviço público. É inegável, porém, que se dê uma maior ênfase ao serviço público<sup>229</sup> diante da sua relevância dentre as atividades públicas<sup>230</sup>, bem como pela sua importância na vida das pessoas, tese defendida por Hely Lopes de Meirelles (2021, p. 349), por ser a atividade pública que mais diretamente repercute no cotidiano delas, atendendo as demandas básicas da população, contribuindo para a garantia da dignidade humana, conforme relaciona Marçal Justen Filho (2014, p. 729).<sup>231</sup> É por este motivo que seguindo a linha de raciocínio dos autores supracitados, bem como a jurisprudência, ao tratar do presente tema, sobrelevam os serviços públicos, o que também será feito neste artigo.

A criação dos agrupamentos municipais visa integrar a

<sup>229</sup> O que foi feito pela Carta de 67 no § 10 do art. 157: “Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] § 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por MUNICÍPIOS que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.” [(BRASIL, 1967).

<sup>230</sup> “A prestação de serviços públicos pelo poder Público é a atribuição primordial do governo e, até certo ponto, sua própria razão de ser. O Estado na sua acepção ampla – União, Estado-membro e Município – não se justifica senão como entidade prestadora de serviços públicos aos indivíduos que o compõem”. (MEIRELLES, 2021, p. 349)

<sup>231</sup> “A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, relacionados à dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos [...] Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano.” (FILHO, 2014, p. 729)

gestão das funções públicas para que se promova a sua organização, planejamento e execução, como está no texto constitucional. As palavras organização e planejamento, segundo Caio Tácito, referentes à gestão da função pública a ser integrada denotam claramente a busca de uma melhoria dessa gestão, de forma a torná-la mais eficiente:

A lei complementar estadual instituidora da região metropolitana, afirma a íntima correlação de interesses que, em benefício do princípio da continuidade, da produtividade e da eficiência, torna unitária e coordenada, em entidade própria, segundo a lei complementar, a gestão de serviços e atividades originariamente adstritos à administração local. (TÁCITO, 1998, p. 324)

O Ministro Lewandowsky, em seu voto na ADIN nº 1842 (BRASIL, 2013) ressaltou que a busca pela eficiência é motivadora da criação dos agrupamentos municipais ora tratados e se vale de conceito trabalho por Antônio Marcos Capobianco:

Trazendo a questão para a nossa realidade

regional, Antônio Marcos Capobianco afirma que a prestação eficiente dos serviços públicos exige “[...] a criação do novo arranjo institucional metropolitano, que não seja necessariamente um quarto nível de poder, mas que arrefeça as autonomias e integre de fato os atuais entes horizontal e verticalmente; e que, finalmente, seja representativo dos governos locais da região. (CAPOBIANCO, 2004, p. 8)

Neste contexto, o princípio da eficiência, que permeia toda atuação na esfera administrativa, tem uma maior relevância na integração de serviços públicos por meio dos agrupamentos municipais, por ser seu fundamento<sup>232</sup>. A imposição constitucional de que a referida integração seja planejada e organizada põe em destaque a atuação eficiente.

<sup>232</sup> Trecho extraído da ementa da ADI 4573: “A obrigação de planejamento contida no art. 18 da Lei estadual não passa de explicitação de poder-dever já cominado à Administração Pública do Estado-membro, seja explicitamente, pelo art. 25, §3º da Carta Maior – que diz respeito à instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum – seja implicitamente, pelo princípio geral da eficiência que deve reger todo o atuar administrativo.” (BRASIL, 2020)

Este aspecto foi abordado na ADIN nº 1842 e, nos trechos dos votos abaixo transcritos, foram destacadas a busca pela eficiência, universalidade e economicidade dos serviços públicos como finalidade da integração.

Trecho do voto do Min. Maurício Correa:

Indaga-se, no caso desses aglomerados, o que se pretende com a delimitação de uma área de serviços unificados. Busca-se a personificação de um ente para fins de administração centralizada, que planeje a atuação pública sobre território definido e que coordene e execute obras e serviços de interesse comum de toda a área, de sorte que a população seja atendida com eficiência. (BRASIL, 2013, p. 25)

O Min. Nelson Jobim deixou claro que a instituição dos agrupamentos urbanos visa “*criar condições para que os serviços públicos de interesse comum possam ser prestados para toda a população da região*”. (BRASIL, 2013, p. 84)

Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes:

Com efeito, a integração do planejamento e execução do saneamento básico de agrupamento de municípios não só privilegia a economicidade e eficiência de recursos naturais e financeiros – por exemplo, aproveitando estação de tratamento e redes de distribuição e coleta para diversas comunidades – como permite subsídios cruzados, isto é, a compensação de déficit na prestação de serviço em determinadas áreas com o superavit verificado nas áreas de maior poder aquisitivo. (BRASIL, 2013, p. 172)

Por outro lado, integração de funções em proveito do interesse comum também é um importante instrumento capaz de reduzir as desigualdades regionais, evitando que os limites geopolíticos dificultem a concretização dos objetivos fundamentais de nossa república (art. 3º, CRFB): reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos e construir uma sociedade solidária. Este aspecto foi compreendido pela Ministra Rosa Weber como pode-se constatar do seguinte trecho de seu voto na ADI nº 1842:

Sem querer me restringir ao caso do Estado do Rio de Janeiro, já que esta ADI e as demais a ela apensadas repercutem em toda federação brasileira, o que se vê naquele Estado é que o problema da captação, tratamento e distribuição de água e esgoto ultrapassa o âmbito local, seja em razão de questões técnicas, seja em razão capacidade econômica de alguns Municípios, que não detêm condições de arcar com os custos e o financiamento de tais serviços, mesmo na estrita medida do que é só interesse local. Esse é um exemplo de como o art. 25, § 3º, é também um modo de realização do preceito constitucional presente no inciso I do art. 3º: “I -construir uma sociedade livre, justa e solidária. (BRASIL, 2013, p. 294)

Uma das formas desta atuação solidária para enfrentar a carência de recursos por parte da população que não consegue arcar com a tarifa do serviço seria por meio de subsídios cruzados, conforme mencionou o Min. Gilmar Mendes no trecho de seu voto

acima transcrito (BRASIL, 2013, p. 104/105).

A integração de funções públicas em municípios agrupados tem, portanto, por finalidades ou objetivos uma maior eficiência da gestão pública, o fornecimento de um serviço público mais adequado e a redução de desigualdades regionais. Identificadas as finalidades da integração, delimita-se o campo no qual o interesse comum deve ser compreendido e aplicado.

### **3. ANÁLISE DO INTERESSE COMUM NO SANEAMENTO BÁSICO FEITO NA ADIN N° 1842:**

Coloca-se à prova a conclusão acima exposta a partir do julgamento da ADIN n° 1842 que serve como marco jurisprudencial sobre o tema. Confira-se o seguinte trecho da sua ementa:

Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e

disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.

A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

[...]

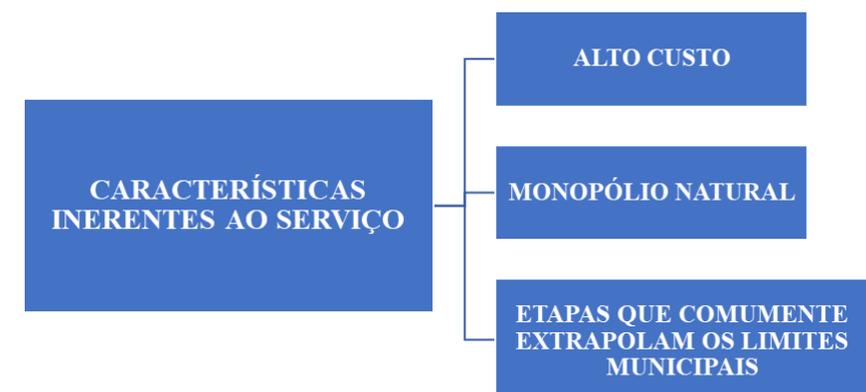
A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia

municipal.

[...]

O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. (BRASIL, 2013, p. 4)

Como se vê, foram mencionadas várias características do serviço de saneamento básico a indicar a existência de um interesse comum que justificaria a condução integrada deste serviço:



*Fonte: Própria (2022)*

**Alto custo:** este aspecto pode ser superado mediante o ganho de escala da integração com várias finalidades: redução na tarifa, ou seja, a promoção da modicidade tarifária, ou uma redução dos subsídios públicos gastos na manutenção do serviço, contribuindo para a economicidade da gestão, bem como para a universalização do serviço. Em algumas hipóteses, segundo Marçal Justen Filho, o alto custo conduzirá ao monopólio natural que sugere, em prol da modicidade tarifária, a utilização de uma única infraestrutura (FILHO, 2014, p. 747).<sup>233</sup>

O interesse comum presente na integração de um serviço público de alto custo será promover a modicidade tarifária, a economicidade da gestão e a universalização do serviço público.

Neste cenário, há serviços públicos que, pelas próprias características, apresentam desafios que fazem com que seja de interesse comum a busca pela maior eficiência mediante a integração. Dentre eles, podemos citar, a título de exemplo, o saneamento básico, a assistência à saúde, a educação e o transporte, tendo em vista os altos

<sup>233</sup> De acordo com o professor Marçal, “o monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico.” (FILHO, 2014, p. 747).

custos envolvidos<sup>234</sup>.

**Etapas que comumente extrapolam os limites municipais:** este aspecto, porém, é apenas a consequência de determinadas circunstâncias que fundamentam o interesse comum na integração. A primeira circunstância que fundamenta o interesse comum é a falta de fonte hídrica disponível para captação, tratamento e distribuição de água em um município, o que gera a necessidade da solidariedade dos demais para que suas demandas sejam supridas de forma a superar a insegurança hídrica. Na outra ponta, o esgotamento sanitário, após ter sido tratado, deve ser alvo de uma destinação adequada em um corpo hídrico, preservando-se o meio-ambiente. Não havendo tais disponibilidades hídricas, tanto na origem quanto no destino, dentro do território de um município, haverá um interesse comum na integração destas atividades o que, conseqüentemente, fará com que elas extrapolem os limites municipais para fornecer um serviço eficiente à população.

O interesse comum a justificar a integração será a busca da solução mais eficiente para a demanda hídrica da população, afastando-se a insegurança hídrica de forma a garantir a regularidade, continuidade e a universalidade, além da proteção do meio-ambiente

<sup>234</sup> A LC 14/73 já citava os serviços públicos de saneamento básico e de transporte. Para mais informações ver: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp14.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp14.htm)>. Acessado no dia 19 de janeiro de 2023.

dos municípios agrupados, oferecendo um serviço público sustentável (LONGO FILHO, 2019, p. 121)<sup>235</sup>.



Fonte: Própria (2022)

**Impacto que o serviço mal executado por apenas um município pode causar nos demais:** aqui o interesse comum será tornar o serviço eficiente no aspecto da segurança sanitária<sup>236</sup> (evitando as doenças causadas pela poluição) e da sustentabilidade (protegendo-se o meio ambiente). O município poluidor entrega um serviço ineficiente, causando prejuízos não só à sua população como à dos demais municípios.

<sup>235</sup> Para Fernando José Longo Filho a Lei 8.987/95 não elenca o serviço público sustentável como adequado, mas a referida lei não pode ser considerada taxativa. Sempre que um serviço público prejudicar um bem tutelado pelo ordenamento jurídico, deverá ser considerado inadequado, fundamentando um interesse comum na integração. Fernando José destaca que “o desenvolvimento sustentável é interesse comum que se sobrepõe ao local no âmbito das Regiões Metropolitanas e Aglomerações urbanas” (2019, p. 121)

<sup>236</sup> “A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para **atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública** [...]”. (BRASIL, 2013, p. 4)



Fonte: Própria (2022)

**Inviabilidade econômica dos municípios menos favorecidos:** visa-se socorrer a gestão pública dos municípios que, por determinados aspectos econômicos, não conseguem oferecer um serviço eficiente à população. A integração, mediante o ganho de escala, terá por finalidade promover a modicidade tarifária (favorecendo diretamente a população) ou a redução de subsídios públicos (favorecendo diretamente a gestão pública), bem como a universalidade que pode ser reforçada mediante a aplicação de subsídios privados.

**Inviabilidade técnica dos municípios de conduzirem o tema adequadamente:** busca-se socorrer a gestão pública para superar este obstáculo. O interesse comum será permitir, por meio da

integração, a oferta do serviço público adequado.

Todos os aspectos acima mencionados e que foram reconhecidos pelo STF como justificadores da integração, tiveram como pressuposto a presença de interesse comum na busca da eficiência no serviço público, na melhoria da gestão pública e na redução de desigualdades regionais em prol dos municípios menos favorecidos, confirmando o que foi exposto no item 2 acima.

#### 4. INEXISTÊNCIA DE DICOTOMIA ENTRE O INTERESSE LOCAL E O INTERESSE COMUM:

A expressão interesse local é utilizada pela CRFB para delimitar competências municipais de acordo com o princípio da subsidiariedade, seguindo a linha defendida por Augusto Zimmermann (2005, p. 212)<sup>237</sup>. Apesar de não haver uma unanimidade na sua definição, pode-se considerar caracterizado nas hipóteses em que o serviço público atender demandas básicas dos indivíduos dentro dos limites físicos do território de um município (limpeza urbana, iluminação pública, transporte público dentro do município, dentre outros). A finalidade é deixar o serviço a cargo de

<sup>237</sup> “O princípio da subsidiariedade, portanto, servirá para a questão distributiva de competências.” (ZIMMERMANN, 2005, p. 212).

quem melhor compreende as peculiaridades das necessidades locais e está mais próximo dessas demandas, como já explicava José Alfredo de Oliveira Baracho:

O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade. (BARACHO, 1995, p.29)

Foi feita uma distribuição de competências de acordo com o princípio da predominância do interesse e o da subsidiariedade, porque “*em termos genéricos, o princípio aqui se aplicaria na compreensão de que as instâncias descentrais podem melhor desempenhar a maior parte das atividades do bem comum, com um mesmo ou maior grau de eficiência, do que o poder central*” (ZIMMERMANN, 2005, p. 204). Por outro lado, “*apenas quando ao nível inferior não seja possível a realização de determinada ação, de igual ou melhor forma, é que o nível superior deve receber a competência para agir.*” (ZIMMERMANN, 2005, p. 201)

Já o interesse comum do art. 25, § 3º da CRFB não foi instituído prioritariamente para definir competências, mas, sim, integrá-las. Ele apenas indica que a gestão de funções públicas seja integrada mediante uma organização e planejamento conjuntos, no propósito de melhorar o desempenho das atividades públicas. Em prol de um interesse comum, as competências já estabelecidas pelos demais critérios previstos na CRFB, serão exercidas conjuntamente.

É um instrumento criado para permitir que os municípios e o Estado<sup>238</sup> possam alcançar a máxima eficiência, seja na gestão, seja na prestação do serviço público, que não seria alcançada pelo exercício de competências isoladas. Toda atividade pública é guiada pelo princípio da eficiência, mas a integração sofre uma influência maior porque tal princípio é a justificativa da sua efetivação. Por isso que se deve ter em mente a busca pela máxima eficiência, de forma a contribuir-se para a máxima efetividade dos direitos fundamentais, como é defendido pelos doutrinadores Jaime Rodriguez-Arana e Enrique Rivero Ysern (2018, p. 200)<sup>239</sup>.

<sup>238</sup> A Constituição não restringe o planejamento e organização apenas aos serviços públicos municipais, motivo pelo qual não se deve excluir os serviços estaduais que possam integrar-se aos municipais.

<sup>239</sup> “[...] a Constituição ordena aos poderes públicos que promovam condições para a efetividade dos direitos fundamentais e que removam os obstáculos que impeçam seu cumprimento, de maneira que sobre a administração impere a obrigação geral, de origem constitucional, de pensar estruturas, organizações e procedimentos adequados para que os titulares dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, possam exercê-los em seu mais alto grau.” (RODRIGUEZ-ARANA;

Um serviço, por ser de interesse local, será de competência municipal. Por outro lado, a necessidade de se promover uma maior eficiência, de se buscar a universalidade ou outro aprimoramento do serviço público, implicará a gestão integrada para melhor atendimento à população. Muda-se apenas a esfera decisória, mas o serviço não deixa de ser de interesse da população local, assim como o serviço de interesse regional (estadual) não deixa de ser de interesse da população de toda a região, pois tais classificações tem por critério a população atendida.

Na busca do objetivo acima mencionado - alcançar a máxima eficiência -, paralelamente será exigida uma atuação solidária, de forma a reduzir desigualdades regionais.

Cabe, neste momento, identificar se a integração de funções públicas de interesse comum submete-se ao princípio da subsidiariedade, ou seja, se somente poderia ocorrer a integração em caso de impossibilidade de realização isolada da função pública.

Em primeiro lugar, cabe ser feita uma distinção entre centralização e homogeneização, como bem destacado por Fernando José Longo Filho (2019, p.38) nos dizeres de Gilberto Bercovici:

A instituição de um Estado Social apresenta

YSERN, 2018. p. 200).

desafios ao federalismo brasileiro... Bercovici, por outro lado, argumenta asseverando que as políticas públicas previstas constitucionalmente não tornam incompatível Estado Social e Estado Federal, na medida em que, na realidade, o Estado Social opera uma remodelação no Estado Federal para um federalismo cooperativo, capaz de atender as exigências de planejamento, intervenção e implementação de políticas públicas. Distingue ainda centralização e homogeneização do seguinte modo:

“Esta unidade de atuação não significa, necessariamente, centralização. Precisamos, antes de mais nada, diferenciar centralização de homogeneização. Com a centralização há a concentração de poderes na esfera federal, debilitando os entes federados em favor do poder central. Já a homogeneização (Unitrisierung, uniformização) é baseada na cooperação, pois se trata do processo de redução das desigualdades regionais em favor

de uma progressiva igualação das condições sociais devida em todo o território nacional.”  
(BERCOVICI, 2004)

Na integração não há centralização, mas a reunião de competências. Como já foi registrado por Dalmo de Abreu Dallari (2014, p. 17/18), na instituição de regiões metropolitanas, “*não ocorre, nesse caso, uma redução de autonomias, mas, sim, uma conjugação de autonomias para a consecução de objetivos de interesse comum*”.

A Min. Rosa Weber destacou em seu voto na ADIN que “*o interesse comum, portanto, não deixa de ser local*” (BRASIL, 2013, p. 295). Há, realmente, uma íntima relação entre ambos, pois como já foi dito aqui, o interesse comum visa que o interesse local seja mais bem atendido.

O modelo acolhido pelo STF é o mais apropriado ao nosso ordenamento e é o adota neste artigo, pois preserva a autonomia municipal, motivo pelo qual o Min. Lewandowski ressalta que esta não deve ser um óbice à efetivação de valores constitucionais que se busca com a integração:

[...] tal garantia que o texto magno assegura às comunas também não deve, de outra

parte, atuar como um bloqueio à efetiva concretização de outros valores constitucionais, em especial os atinentes ao federalismo cooperativo.” A autonomia municipal está, portanto, preservada, como deixou claro em outro trecho de seu voto, ao asseverar que “a gestão compartilhada das novas regiões, previstas no art. 25, § 3º, da CF, entre os Municípios e o Estado, é a solução que melhor se harmoniza com a preservação da autonomia local. (BRASIL, 2013, p. 247)

José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua vez, destaca que a subsidiariedade gera distorções e limitações, mas somente mediante a observação do princípio da solidariedade poderão ser superadas:

A Constituição espanhola consagra o “princípio da **solidariedade**”, considerado como um dos limites do desenvolvimento do processo autonômico. Consiste na instrumentação de determinados meios para

evitar as desigualdades de tipo econômico e social, entre as diferentes comunidades autônomas.

[...]

Pelo princípio da **solidariedade**, legitima-se ao Estado impor privilégios e encargos especiais a algumas comunidades autônomas. (BARACHO, 1995, p. 29/30)

A integração sob comento é, portanto, um importantíssimo instrumento na implantação de um novo modelo de federalismo, com vistas à superação das dificuldades que o princípio da subsidiariedade apresenta para que um serviço público de qualidade seja ofertado, mormente, em um Estado com um extenso rol de direitos fundamentais sociais como o brasileiro.

Expostos tais aspectos, verifica-se que não há dicotomia entre o interesse local e o interesse comum. Inevitavelmente, quando ocorrer a tomada decisões pelo colegiado de chefes do Executivo, um ou outro interesse local poderá ser contrariado. Isto não significa, porém, que, na essência, tais interesses sejam dicotômicos.

Hão de ser considerados, portanto, duas etapas de um mesmo processo. Se a competência para atender o interesse local, em

um primeiro momento foi alocada na instância menor (em tamanho) para melhor atender os interesses da coletividade municipal, a integração, em virtude de um interesse comum, é apenas uma segunda etapa concretizada com a mesma finalidade: atender da melhor forma possível aos interesses da coletividade.

Diante do que se expôs, pode-se concluir que o interesse comum que justifica a integração de funções públicas, diferentemente do interesse local, não se submete ao princípio da subsidiariedade (i) porque os municípios continuam a participar do processo decisório, exercido de forma conjunta; (ii) por não haver dicotomia entre ambos, pois o interesse comum atua em benefício dos próprios municípios, de forma que o interesse local seja melhor atendido, e, por fim, (iii) diante da relevância dos valores constitucionais que tutela (solidariedade, eficiência e dignidade humana), não podendo a autonomia local ser impasse ao seu atendimento.

Não há, portanto, que se adotar uma postura restritiva em relação às hipóteses permissivas da integração. Considerar que a integração se submete ao princípio da subsidiariedade acabaria por colocar o federalismo de integração como antagônico à autonomia local, o que, como mencionado acima, não está correto.

## 5. ANÁLISE DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS:

As duas leis que tratam da integração de funções<sup>240</sup> em agrupamentos municipais são o estatuto da metrópole – Lei 13.089/15 e a Lei 11.445/07 que foi bastante alterada pelo novo marco do saneamento básico – Lei 14.026/20.

A atuação legislativa federal tem por fundamento a prerrogativa de serem estabelecidas diretrizes e normas gerais nas matérias reguladas.

Os fundamentos constitucionais invocados pelo estatuto da metrópole e que justificariam a competência normativa federal limitam esta ao estabelecimento de normas gerais e diretrizes. Dentre eles podem ser destacados dois:

Art. 21. Compete à União:

<sup>240</sup> A Lei n.º 12.305/2010, em seu art. 11, trata da integração da gestão de resíduos sólidos e a Lei n.º 12.587/2012, em seu art. 17, III, trata da integração do serviço de transporte público. Nenhuma das duas define o interesse comum, mas esta última utiliza a expressão “serviços nas áreas que ultrapassem os limites de um município”. Ora, se o serviço de transporte ultrapassa os limites de um município, ele é estadual, pela divisão constitucional de competências, motivo pelo qual a expressão nada acrescenta.

[...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (BRASIL, 1988)<sup>241</sup>

Em relação à Lei 11.445/07, consta de sua ementa que ela "estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico", o que é autorizado pelo art. 21, XX da CRFB.

Pressupondo a existência de competência federal nas matérias acima mencionadas por causa dos arts. 21, XX e 24, I da CRFB, a União poderia, no máximo, traçar diretrizes para o desenvolvimento urbano metropolitano e editar normas gerais sobre

<sup>241</sup> A competência federal limita-se à edição de normas gerais.

direito urbanístico metropolitano. Não poderia, porém, sob a justificativa de editar normas gerais e diretrizes, reduzir a competência dos Estados.

Um clássico artigo do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto trata dos limites relativos à edição de normas gerais. Dele podem ser extraídos alguns trechos que esclarecem a questão:

A tabulação das diversas colocações doutrinárias, trazidas a este trabalho, resultantes da elaboração de diversos autores, permite a identificação de certas características mais comuns e frequentemente indicadas.

Sintetizando-as, a partir dessas características, as normas gerais seriam institutos que:

a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (BUHLER, MAUNZ, BURDEAU, PONTES, PINTO FALCÃO, CLÁUDIO

PACHECO, SHAI D MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECCO);

[...]

b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (MATZ, BUHLER, MAUNZ, PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECCO);

[...]

g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados. (NETO, 1988, p. 149/150)

Vê-se que boa parte da corrente doutrinária acima citada pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a semelhança entre as normas gerais e as diretrizes, o que justifica a aplicação das lições acima mencionadas a ambas.

Não pode, como visto, a norma geral, nem a diretriz traçada

pela legislação federal violar a autonomia dos Estados. Isto quer dizer que a disposição na lei federal não poderia inviabilizar os Estados de identificar outros interesses comuns que justifiquem a integração.

Isso, porém, não significa que o legislador estadual, dentro da liberdade que possui para tratar do tema, possa ignorar as previsões da lei federal, pois as diretrizes federais não podem ser contrariadas.

Como bem destacou Diogo de Figueiredo Moreira Neto em outro trecho de seu artigo, as normas gerais “[...] vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nelas declarado” (NETO, 1988, p. 155). Isso também vale para a diretrizes.

Há, portanto, que se encontrar as diretrizes da legislação federal, compreender os valores nelas declarados e aplicá-los. Respeitadas as normas gerais e diretrizes estabelecidas, o legislador estadual não fica impedido de ir além, pois, de acordo com Marçal Justen Filho, “as competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas mediante lei da União, destinada a veicular normas gerais”. (FILHO, 2014, p. 486)

A CRFB alterou o regime das regiões metropolitanas, acrescentou novos agrupamentos municipais e transferiu aos Estados a competência para criá-las, estando inserida nesta competência a identificação do interesse comum.

Se o legislador federal, porém, pretender identificar o

interesse comum, só poderia fazê-lo de forma genérica, referindo-se às hipóteses enquadráveis na busca da máxima eficiência e na efetivação da solidariedade. As hipóteses específicas, porém, seriam identificadas caso a caso pelos Estados.

Se pretender identificar as funções públicas de interesse comum, poderá mencionar aquelas que, pelas próprias características, demonstrem ser de interesse comum a sua gestão integrada, como o STF reconheceu em relação ao saneamento básico, referindo-se especificamente à distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto. Mesmo que a lei federal faça menção a alguma função pública de interesse comum, esta previsão não há que ser considerada como taxativa.

Por outro lado, se pretender estabelecer diretrizes, estas, sim, serão vinculantes e deverão ser observadas por todos os Estados.

Estes são os limites de atuação do legislador federal. Se ele pretender definir de forma taxativa as funções públicas de interesse comum, em detrimento da competência dos Estados, seria uma iniciativa correspondente à pretensão de definir os serviços públicos de interesse local, em detrimento da competência dos municípios.

Não há motivo plausível para restringir-se a competência estadual na matéria, cabendo aos Estados a identificação do interesse comum, explorando todo o seu potencial, pois, como já foi dito acima,

a legislação infraconstitucional deve extrair de todo dispositivo constitucional a máxima efetividade na realização de sua finalidade. (ALVES, 2016)

A competência para instituição dos agrupamentos municipais do art. 25, §3.º, da CRFB é estadual, cabendo a este definir as funções públicas que merecem ser integradas levando em consideração a possibilidade de melhora na qualidade do serviço mediante a integração, em prol da eficiência e da solidariedade, gerando impactos na gestão pública, na defesa da dignidade humana e na redução de desigualdades sociais e regionais.

Dessa forma, se a prestação regionalizada tratada neste texto melhorar um serviço, tornando-o mais adequado, seja garantindo uma tarifa módica, facilitando a sua universalização, o uso de técnicas modernas (inovação), garantindo a segurança (no caso do saneamento, incluindo-se a segurança hídrica que garantirá a regularidade), ou de modo geral for a forma mais eficiente de geri-lo, há fundamento (interesse comum) para a instituição do agrupamento municipal e a condução regionalizada do serviço.

A finalidade do Estado é atender à população do seu território da melhor forma possível e superar as dificuldades que os limites geopolíticos causam.

O legislador federal não se limitou a estabelecer diretrizes,

mas pretendeu definir as funções públicas de interesse comum. O Estatuto da Metrópole tratou de um obstáculo a ser enfrentado (inviabilidade) e da produção de efeitos do serviço em mais de um município, enquanto no NMSB entendeu ser necessário que já exista uma integração operacional. São previsões restritivas que serão analisadas a seguir.

### 5.1. Interesse comum na Lei 13.089/15:

O Estatuto da Metrópole define como função pública de interesse comum aquela *“cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”* (BRASIL, 2015).

A inviabilidade é o obstáculo a ser superado. Há um interesse comum em superá-lo em prol da universalização, da modicidade tarifária ou de outra característica do serviço eficiente, reduzindo-se, ainda, as desigualdades regionais.

A expressão “inviável”, porém, não é a mais adequada para balizar a integração. Afinal, sob o aspecto econômico, qual patamar de inviabilidade fundamentaria a integração? Algumas vezes não haverá total inviabilidade do serviço, mas ele será prestado, ainda que de forma ineficiente, mesmo diante das dificuldades financeiras ou

técnicas. Neste caso não poderia haver integração? A expressão, portanto, coloca desnecessariamente um aspecto indefinido no tema.

Trata-se de uma hipótese onde claramente ocorrerá o interesse comum em socorrer o município onde ocorra tal inviabilidade, mas não há que se entender que a integração somente possa ocorrer em casos de inviabilidade, ou seja, nos casos extremos.

Existe na integração uma diretriz que tem base constitucional<sup>242</sup>: ela deve reduzir as desigualdades regionais, promovendo a reunião de municípios ricos e pobres. Diante da ausência de um serviço público adequado, há a necessidade de uma atuação solidária dos demais entes para que a população do município carente seja bem atendida. A adequação do serviço no município carente mediante a integração pode ser alcançada por dois fatores conjugados: o ganho de escala com a ampliação do mercado consumidor, bem como pela prática de subsídios cruzados. Com isto garante-se a modicidade tarifária e a universalidade, podendo ainda outros aspectos do serviço público eficiente serem alcançados.

A integração de funções busca o serviço adequado para toda a população do agrupamento de municípios, visando, dentre outras características, a universalidade. Neste desiderato, há de se observar o princípio da solidariedade, por imposição constitucional, criando-se

<sup>242</sup> Para mais informações ver Art. 3º, I e III, CRFB.

uma lógica financeira inafastável que impõe a união de municípios ricos e pobres em busca da máxima eficiência.

O voto do Min. Nelson Jobim na ADIN nº 1842 foi o que abordou com mais profundidade o tema:

Não faz sentido, do ponto de vista econômico, criar-se uma REGIÃO METROPOLITANA, ou AGLOMERADO ou ainda MICRORREGIÃO a partir do somatório de MUNICÍPIOS **pobres** que não despertem o interesse financeiro mínimo de exploração de serviços públicos ou que a cobrança de tarifas, pelo nível econômico da população, não consiga fazer frente aos custos do sistema.

[...]

Em outras palavras, não é possível a criação, por ofensa constitucional, de Região Metropolitana que englobe apenas o município do Rio de Janeiro e São Gonçalo, por exemplo, por serem os dois municípios

mais **ricos** da região, deixando de lado as demais municipalidades mais pobres (BRASIL, 2013, p. 89 e 96).

Dentro da lógica econômico-financeira que deve ser observada na instituição de agrupamentos de municípios, por imposição do princípio constitucional da solidariedade, o legislador identificou uma situação extrema e classificou-a como de interesse comum para a integração. Está correto, mas este não é um limite à integração.

Teria feito melhor se tivesse explicitado que na integração devam ser reunidos municípios de portes econômicos diferenciados para que se reduzam as desigualdades regionais, de acordo com os incisos I e III do art. 3º da CFRB. A integração não depende, portanto, da inviabilidade - fator, aliás, de difícil apreciação - apenas pressupõe que sejam reunidos municípios ricos e pobres para que todos possam ter acesso a um serviço público adequado.

Seria um contrassenso, aliás, que apenas o patamar mínimo de viabilidade pudesse fundamentar a integração, pois essa é um importante instrumento para que se possa buscar a máxima eficiência dos serviços públicos (BRASIL, 2013). Além disso, estaria excessivamente reduzido o potencial da atuação solidária.

Vê-se que a lei é restritiva, deixando de fora várias hipóteses. Contudo, como a integração não se submete ao princípio da subsidiariedade, os Estados não estão limitados à hipótese de inviabilidade para promoverem a integração, devendo esta ser fundamentada na busca da máxima eficiência e guiando-se pela união de municípios de diferentes portes econômicos.

Outra hipótese de interesse comum previsto na lei comentada é aquela na qual um serviço público cause impacto em municípios limítrofes. A hipótese abrange os efeitos maléficos, prejudiciais aos municípios limítrofes.

Neste caso, quando a prestação do serviço público de um município repercutir em outro, ou seja, quando prejudicar, onerar ou causar qualquer efeito negativo em outro município, estar-se-á diante de um serviço público prestado de forma inadequada. Novamente, está sendo colocado como fundamento para a integração a falta de um serviço adequado, sendo o interesse comum a busca da segurança, sustentabilidade ou outro aspecto do serviço público adequado.

Como se vê, em ambas as hipóteses do estatuto da metrópole, a integração será realizada de forma a prover-se às populações dos municípios agrupados um serviço público adequado, e o interesse comum – aspecto específico do serviço público adequado – será particularizado diante de cada situação concreta.

O legislador federal mencionou dois critérios que retratam situações nas quais a população não está sendo atendida de forma adequada. No primeiro, porque ela não está sequer sendo atendida. No segundo, porque prejudica a população de outro município. Ocorre que a legislação federal não abrange todas as hipóteses de interesse comum e que podem ser enquadradas na busca pela máxima eficiência. Se tais hipóteses forem consideradas taxativas, haverá uma usurpação da competência estadual e uma indevida redução do potencial da integração. Além disso, a integração de serviços públicos municipais e estaduais não estaria abrangida, restringindo-se ainda mais o benefício à população.

As hipóteses do Estatuto da Metrópole devem ser consideradas como exemplificativas, pois citam casos onde há notoriamente um interesse comum a justificá-la. Não podem, portanto, ser lidas como delimitadoras do interesse comum.

O legislador parece ter sido influenciado pelo voto do Min. Gilmar Mendes que, ao comentar os efeitos da conurbação, destacou que “em especial, duas dificuldades agravam-se nessa nova estrutura urbana: (i) a inviabilidade econômica e técnica de os municípios implementarem isoladamente determinadas funções públicas e (ii) a possibilidade de um único município obstar o adequado atendimento dos interesses de várias comunidades”. (BRASIL, 2013, p. 164)

Tais hipóteses, como já dito, são daqueles em que claramente

vislumbra-se um interesse comum a fundamentar a integração, porém, o Ministro pretendeu apenas destacar de forma exemplificativa, que tais hipóteses, em especial, fundamentariam a integração, mas não apenas elas.

A integração, portanto, não pressupõe a inviabilidade de um município nem a produção de efeitos entre municípios, mas, sim, o ganho de eficiência no serviço público.

### **5.2. Interesse comum na Lei 11.445/20 após as alterações da Lei 14.026/20**

A Lei 11.445/20, com alguns acréscimos da Lei 14.026/20, em seu art. 2º, definiu os princípios fundamentais do saneamento básico, dentre os quais destaca-se, inicialmente, os seguintes:

- Máxima eficácia – art. 2º, II<sup>243</sup>;
- Eficiência – art. 2º, VII, VIII, XIII; também é citada nos seguintes dispositivos: art. 10-A, I;

<sup>243</sup> Dispõe o seguinte: II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados.

art. 11, § 2º, II e IV; art. 11-A, §1º; 19, V; art. 22, IV; art. 23, VII; art. 29, § 1º, V e VIII; art. 38, § 2º; art. 44;

As características do serviço público adequado também foram tratadas como princípios fundamentais do serviço, podendo ser destacados os incisos III, IV, VIII, XI, XIII do mesmo art. 2º (universal, seguro, eficiente, atual, com tarifas módicas, regular, contínuo).

Sobre a diretriz econômica a ser observada, como não podia ser diferente, destacou a necessidade de agrupamento de municípios de diferentes portes – art. 11-B, § 9º (o foco, diferentemente do estatuto da metrópole, não é a inviabilidade). Os subsídios, por sua vez, foram destacados no art. 3º, inciso VII e no art. 29 (abrangendo os públicos e os privados).

O inciso XIV do art. 2º foi acrescentado para colocar como princípio fundamental a prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços.

Este dispositivo tratou do obstáculo a ser enfrentado – as dificuldades técnica e financeira do tratamento isolado -, comentou o benefício que a regionalização traz – ganho de escala – e, por fim,

tratou como princípio fundamental aquilo que deve ser considerado o principal interesse comum: a universalização.

O interesse comum maior da legislação federal do saneamento é a universalização, que foi alvo, inclusive, do estabelecimento de metas. Obviamente, não é suficiente universalizar, já que a busca pela eficiência – citada dezenas de vezes no texto da lei – é da essência da regionalização, como esclarecido anteriormente. Junto com a universalização, o legislador deixou registrado vários objetivos a serem alcançados concomitantemente, de forma a tornar o serviço de saneamento básico mais eficiente, ou seja, mais adequado.

Todos os dispositivos acima mencionados estão em consonância com o que tem sido explorado neste artigo. A busca da eficiência de forma a oferecer um serviço público adequado é o fundamento da integração de funções públicas, o verdadeiro interesse comum que a justifica. Além disso, corretamente não se baseou na inviabilidade, somente guiando-se pela integração de municípios de diferentes portes econômicos.

A Lei 11.445/20, porém, após as alterações efetuadas pela Lei 14.026/20, procurou definir o interesse comum e foi ainda mais restritiva que o estatuto da metrópole, pois em seu art. 3º, inciso XIV definiu como serviço público de saneamento básico de interesse comum é aquele no qual haja compartilhamento de instalações operacionais:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

XIV - serviços públicos de saneamento básico de interesse comum: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais; (BRASIL, 2007).

Tratou do tema como fosse necessário que as instalações atendessem a mais de um município, na linha do que foi cogitado pela

comissão Afonso Arinos<sup>244</sup> (BRASIL, 1986) no anteprojeto da CRFB. A redação sugerida para a CRFB, de cunho restritivo, não foi acolhida, vigorando hoje apenas a necessidade de identificação de um interesse comum e que deve ser interpretada de forma a extrair-se a máxima efetividade da norma constitucional em apreço.

No campo infraconstitucional, já pretendeu-se, sob o rótulo de se estabelecer diretrizes, identificar o serviço de saneamento básico de interesse comum no PL 4.147/01<sup>245</sup>, onde o interesse comum decorreria do atendimento a um ou mais municípios. O NMSB decidiu ressuscitar esta previsão no art. 3º, inciso XIV, mas além de não se coadunar com a atual redação da CFRB, não pode ser considerada uma diretriz.

Esta previsão extremamente restritiva causa estranheza, pois o NMSB, que veio justamente incentivar o tratamento regionalizado, pretenderia deixar de fora os municípios cujas instalações não estejam compartilhadas, embora seja justamente um dos seus princípios

---

<sup>244</sup> “Art. 127 – Lei complementar poderá estabelecer regiões metropolitanas, por agrupamento de Municípios integrantes da mesma região do Estado, para a organização e a administração dos serviços públicos intermunicipais de peculiar interesse metropolitano, sempre que o atendimento destes serviços ultrapassar o território municipal e impuser o emprego de recursos comuns.” (BRASIL, 1986, p. 127).

<sup>245</sup> “III - serviço de saneamento básico de interesse comum: aquele em que pelo menos uma das atividades, infra-estruturas ou instalações operacionais descritas no inciso I se destine ao atendimento de dois ou mais municípios, integrantes ou não de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, exceto quando decorrentes de gestão associada;” (BRASIL, 2001, p. 3623).

promover a integração das infraestruturas, conforme previsto no art. 2º, XII da Lei 11.445/07<sup>246</sup>.

A própria Lei 11.445/07 reconhece a vantagem da regionalização mencionando somente um aspecto econômico: o ganho de escala<sup>247</sup>, que irá refletir-se na modicidade tarifária contribuindo para a universalidade ou generalidade do serviço. Por qual motivo asseverou, em seguida, que o interesse comum decorre do compartilhamento das instalações?

Estabelecer o compartilhamento de instalações operacionais como condição ou requisito para inclusão do serviço de saneamento básico de certos municípios em determinado agrupamento não é a melhor forma de incentivar o tratamento regionalizado, principalmente fora das regiões metropolitanas, ou seja, nas microrregiões.

A busca pelo compartilhamento das instalações hoje isoladas pode ser justamente a solução para reduzir custos, otimizar o aproveitamento dos recursos, melhorar a segurança hídrica, obstar a

---

<sup>246</sup> “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...) XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020)”. (BRASIL, 2007)

<sup>247</sup> “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...) XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”. (BRASIL, 2007)

degradação ambiental, reduzir o uso excessivo de recursos naturais, preservar a regularidade, a continuidade ou garantir a universalização. Se estiverem isoladas inicialmente, o seu compartilhamento pode ser a melhor solução para a população de um determinado agrupamento municipal.

Conforme Caio Tácito (1998, p. 324) as instalações compartilhadas evidenciam um interesse comum na integração da gestão, já que será a forma mais eficiente de operá-las, mas cabe lembrar que de acordo com o julgamento da ADIN nº 1842, o serviço de saneamento básico é daqueles que pelas próprias características já indica a existência de um interesse comum na integração das competências municipais<sup>248</sup>.

Se hoje as instalações estão compartilhadas, deve-se a algum ajuste anteriormente celebrado entre as partes. Em muitos casos, devido à delegação pelos municípios ao mesmo ente estatal para executar o serviço de saneamento básico. O legislador federal, porém, inverteu a lógica. Partiu do pressuposto de que tal tratamento já regionalizado, com instalações compartilhadas, identificaria o interesse comum. O interesse comum até se faz presente nesta

<sup>248</sup> “Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico”.

hipótese por uma situação já consolidada, mas ela não esgota todas as hipóteses.

O caminho correto é identificar o interesse comum na integração (que no caso do saneamento, é presumido) para, em seguida, promover-se a regionalização mediante a submissão da operação a um único prestador buscando-se o compartilhamento e integração das instalações operacionais.

Vislumbra-se que o NMSB não precisava tratar do tema, porém, se por um lado não se submeteu corretamente ao princípio da subsidiariedade, ao não falar em inviabilidade, por outro restringiu, desnecessariamente, à hipótese de atendimento a mais de um município.

Cabe, por fim, analisar o resultado do julgamento da ADIN nº 1842 que pode ter influenciado o legislador federal. A ementa da ADIN, na parte que aqui interessa, tem o seguinte enunciado: “*O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.*” (BRASIL, 2013, p. 2)

Esta não foi uma definição pensada pelos eminentes julgadores da Suprema Corte, mas apenas uma reprodução do texto do art. 3º da lei complementar estadual 87/97 atacada, que foi

considerado constitucional. Este é o seu teor:

Art. 3º - Consideram-se de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais, ...<sup>249</sup>

O legislador fluminense procurou, sem necessidade, estabelecer uma definição genérica, alcançando hipóteses nas quais pode-se considerar haver interesse comum, por isso a sua constitucionalidade, mas é uma concepção restritiva e equivocada, afinal as funções públicas não precisam ser integradas para serem consideradas de interesse comum. Na verdade, ocorre justamente o contrário: na busca da máxima eficiência, haverá um interesse comum

<sup>249</sup> O artigo acima transcrito foi revogado pela LC 184/18, da qual constou dispositivo semelhante, sem, porém, a menção a serviços supramunicipais. Para mais informações ver: <<http://www.irm.rj.gov.br/arquivos/lei-complementar-184.pdf>>. Acessado no dia 20 de janeiro de 2023.

em integrá-las.

O fato deste dispositivo ter sido considerado constitucional não significa que o STF tenha entendido que aquela é a definição de interesse comum que fundamenta o tratamento metropolitano das funções públicas. Apenas foi considerado que aquelas hipóteses podem gerar interesse comum na integração, mas não alcançam o pleno potencial do instituto em análise. Além disso, trata-se apenas de uma previsão da lei fluminense. Por fim, é uma menção desnecessária, pois a legislação fluminense, em seguida, trata detalhadamente das funções públicas a serem integradas.

Por todo o exposto, a hipótese da lei do saneamento que retrata um interesse comum também deve ser entendida como exemplificativa, não ficando os Estados a ela limitados.

## **6. COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE INTERESSE COMUM:**

De acordo com a análise feita acima, o interesse comum não depende do fato de um serviço atender mais de um município (hipótese refutada pelo Constituinte originário), como mencionado no NMSB. Também não decorre somente da situação em que um serviço cause impacto em outro município limítrofe, nem depende da

inviabilidade.

Considerando que a competência para promover a integração cabe aos Estados, estes podem promover a integração dos serviços públicos municipais em hipóteses distintas da legislação federal, desde que esta ação esteja voltada para a busca da máxima eficiência do serviço público. Conforme mencionado anteriormente, tal ação não se limita à integração entre os serviços públicos municipais, mas também entre estes e os estaduais, já que esta pode ser a melhor forma de que tais serviços sejam prestados à população alcançada.

A título de exemplo, vale ser citado o setor de transportes públicos. É cediço que a integração entre o transporte intermunicipal e o municipal é importantíssima para que eles sejam bem prestados, em virtude de uma interdependência entre eles. Políticas divergentes nesta área podem gerar efeitos negativos para a população, ainda mais em uma região metropolitana.

Embora possa concluir-se que o foco principal sejam as funções públicas municipais, a CRFB não traz qualquer restrição, motivo pelo qual não se pode excluir do alcance da norma a integração de serviços municipais com os estaduais.

A pandemia trouxe o caos para esse setor que se encontra, hoje, altamente deficitário e a integração tem enorme potencial para

debelar essa situação.

A LC 184/18, que trata da Região Metropolitana do Rio de Janeiro em seu art. 6º, IV, prevê a integração entre as políticas municipais e estaduais. Leia-se: entre os serviços municipais e estaduais.

O modelo de integração acolhido pelo STF (BRASIL, 2013) é o mais democrático e eficiente, já que insere, junto com os municípios integrados, o Estado, ente já acostumado às relações intermunicipais, que pode ainda incentivar a integração, seja como mediador de eventuais divergências entre os municípios integrados, seja como fomentador por meio de subsídios financeiros ou técnicos.

A Min. Rosa Weber ressaltou a relevância da participação do Estado no incentivo a esta atuação solidária:

Nesse jaez, constato que a relação solidária entre Municípios limítrofes, que envolve economia, bem-estar e estabilidade social, demanda, em determinadas hipóteses, participação de ente político – pelo prisma da distribuição das competências – externo ao interesse local. À luz da Constituição, tal papel pertence ao Estado, a quem, nesse

exercício, deve respeitar a autonomia municipal. (BRASIL, 2013, p. 296)

Constata-se que o Estado tem, portanto, não só a missão de identificar o interesse comum, mas também incentivar a integração. Neste papel, desde que observe as normas gerais e diretrizes constantes das leis federais, terá razoável liberdade para identificar o interesse comum a justificar a integração de funções públicas, sem ficar limitado às hipóteses em que a legislação federal pretendeu identificar as funções públicas de interesse comum.

## 7. CONCLUSÃO

O interesse comum que fundamenta a integração de funções públicas nos agrupamentos municipais do art. 25, § 3º da CRFB é o interesse público relativo à coletividade abrangida por uma região a uma melhor gestão dos serviços públicos, a um serviço público eficiente e à redução de desigualdades regionais.

Tem como premissa a busca da máxima eficiência do serviço público, bem como a promoção da solidariedade, servindo de importante instrumento na atuação do poder público em busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Há funções públicas que, pelas próprias características, denotam um interesse comum na integração, como foi reconhecido pelo STF na ADIN nº 1842 em relação ao serviço público de saneamento básico, no que diz respeito à distribuição de água potável e coleta e tratamento de esgoto.

O interesse comum não se submete à subsidiariedade, pois a autonomia municipal, no modelo adotado pelo STF, é respeitada mediante participação dos municípios no processo decisório. Por este motivo a integração não deve sofrer limitações diante dos valores tutelados. Não pressupõe a inviabilidade isolada por parte de um município, mas a busca pela máxima eficiência.

O interesse comum pode ter por finalidade que o interesse local e o regional sejam melhor atendidos, sendo, portanto, viável integrar serviços públicos municipais e estaduais, diante da ausência de restrição na CRFB.

A legislação federal procurou identificar as funções públicas de interesse comum. Elencou hipóteses onde claramente haverá um interesse comum na integração, mas não há que se entender tais hipóteses como exaustivas, devendo ser consideradas como exemplificativas, pois a competência para identificá-las é dos Estados, devendo estes procurar alcançar a máxima efetividade da gestão regionalizada dos serviços públicos.

O Brasil é um país que tem encontrado dificuldades para prestar adequadamente seus serviços públicos. A integração de funções públicas é um importante instrumento para tornar isto viável, motivo pelo qual não deve ser alvo de uma concepção restritiva, sob pena de se reduzir a capacidade do Poder Público tutelar a dignidade humana<sup>250</sup>.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alaôr Caffé. Questões urbanas regionais: Estado, Municípios e Regiões metropolitanas no Brasil. Articulações jurídicas e conflitos institucionais. pp.75-109. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe (coord.). **Gestão pública e direito municipal tendências e desafios: as regiões Metropolitanas**. Editora Saraiva. São Paulo, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rev. da Faculdade de Direito

<sup>250</sup> “Como pode o Direito Administrativo olhar para o outro lado, enquanto há milhares e milhares de cidadãos que não têm as condições vitais mínimas para o desenvolvimento livre e solidário de sua personalidade? Não é hora de o Estado recuperar seu propósito original e, com base nesse fundamento, agir de acordo com a centralidade da dignidade humana? Essas e outras questões devem ser abordadas e respondidas com as categorias jurídicas que existem para que os propósitos da Constituição possam ser realizados”. (RODRIGUEZ-ARANA; YSERN, 2018, p. 40)

da UFMG. n. 35. Belo Horizonte, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2004

BRASIL, **Anteprojeto Constitucional**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 set. 1986. Disponível em <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 04 de out. de 2022

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.147, de 20 de fevereiro de 2001**. Institui diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26401>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-)

2010/2007/lei/111445.htm>. Acessado no dia 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-)

2018/2015/lei/113089.htm>. Acessado no dia 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado no dia 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 27 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5559/PB**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Dje nº 196. Divulgação: 30/09/2021. Publicação: 01/10/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348077125&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de**  
1144

**Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ**. Plenário. Relator Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Dje nº 181. Divulgação 13/09/2013. Publicação 16/09/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4573/SC**. Plenário. Relator: Min. Luiz Fux. DJE nº 53. Divulgação 11/03/2020. Publicação 12/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342609236&ext=.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

CAPOBIANCO, Antônio Marcos. **Relações Intergovernamentais na Metrópole: Adequação Institucional para a Ação**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p.08. *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842/RJ. Plenário. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Dje nº 181. Divulgação 13/09/2013. Publicação 16/09/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 05 set. 2022

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Editora Ática. São Paulo, 1986. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2109038/mod\\_resource/content/1/DALLARI%2C%20D%20-%20O%20Estado%20Federal.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2109038/mod_resource/content/1/DALLARI%2C%20D%20-%20O%20Estado%20Federal.pdf). Acesso em: 15 set. 2022.

\_\_\_\_\_. **Parecer** [nos autos da ADI n.º 5.155/BA]. São Paulo, 2014.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

KELMAN, Jerson; CANEDO, Paulo. ANA e a regulação do saneamento. *In*: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). **Novo Marco Legal do Saneamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4186/4375/30139>. Acesso em: 8 set. 2022

LONGO FILHO, Fernando José. Armadilhas federativas. *In*: \_\_\_\_\_. **Regiões Metropolitanas: Armadilhas, Democracia e Governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3988/4136/25321>. Acesso em: 8 set. 2022).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Malheiros. São Paulo, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 19ª edição, atualizado por Giovani da Silva Corraio. Editora Malheiros. São Paulo, 2021.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Competência concorrente limitada – O problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa. a. 25. n. 100, out-dez. 1988. Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181992/000857523.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 set. 2022.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime; YSERN, Enrique Rivero. **O direito administrativo da dignidade humana e do interesse geral: fundamento e princípios**. Tradução de Marly N. Peres. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2018.

SANTOS, Marcela de Oliveira. Interpretando o Estatuto da Metrópole: comentários sobre a Lei nº 13.089/2015. *In*: MARGUTI, Bárbara Oliveira; COSTA, Marco Aurélio; FAVARÃO, César Bruno. **Brasil metropolitano em foco: desafios à implementação do Estatuto da Metrópole**. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8673/1/Interpretando%20o%20estatuto.pdf>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

TÁCITO, Caio. **Saneamento básico – região metropolitana –**

**competência estadual.** RDA, RJ, v. 213, jul./set. 1998.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático.** 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.