

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 44 | MAIO / AGOSTO 2021

DOSSIÊ ESPECIAL: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n.44, maio/ago.2021

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara  
Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis  
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

.David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

.Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba.

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil.

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso | Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetus Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton  
Ariane Lopes

# sumário





## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....12-13

## ARTIGOS

- LA ETIQUETA AMBIENTAL: SU APLICACIÓN EN LA EMPRESA DE PRODUCTOS  
LÁCTEOS DE GRANMAS  
ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ | ANA ELISA GORGOSO VAZQUEZ  
JUANA LORENTE ALARCÓN | ELENA LÓPEZ ESPINOSA.....14-41
- A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS NA ESFERA PENAL COMO POLÍTICA DE EFICIÊNCIA E  
DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
VLADIMIR PASSOS DE FREITAS | CICERO GUILHERME ROVEDA PEREIRA  
RONALDO RODRIGUES DE OLIVEIRA BORTOLETTO.....42-60
- A ARTICULAÇÃO DAS REDES DE APOIO AOS REFUGIADOS NO BRASIL E SUAS  
CONTRIBUIÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE  
LEDA MARIA MESSIAS DA SILVA | RENÉ DUTRA TEIXEIRA.....61-81
- SERVIÇO PÚBLICO, ATIVIDADE ECONÔMICA, OS REGIMES JURÍDICOS E AS FORMAS  
DE DELEGAÇÃO ESTATAL PREVISTAS NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES  
DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES | ANDRÉ PESSOA AYRES.....82-105
- RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AO TEMPO DO CONSUMIDOR  
CRISTOFER PAULO MOREIRA ROCHA SILVA | MICHAEL CÉSAR SILVA.....106-131
- RENEGOCIAÇÃO/REVISÃO DE CONTRATOS CÍVEIS, PANDEMIA DA COVID-19  
E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UM DIÁLOGO ESSENCIAL  
MARCOS EHRHARDT JR. | ANDRÉ LUIS PARIZIO MAIA PAIVA.....132-146
- A SEÇÃO N. 232 DO ATO DE EXPANSÃO DO COMÉRCIO DE 1962 DOS ESTADOS UNIDOS:  
SEGURANÇA NACIONAL OU PROTECIONISMO ECONÔMICO?  
CARLOS NÉSTOR LIMA PASSOS DA SILVA JÚNIOR | GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO.....147-165
- O TRATAMENTO DA VACINAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. COMPULSORIEDADE  
E ORGANIZAÇÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DA EVOLUÇÃO NORMATIVA  
ALEXANDRE WALMOTT BORGES | ANDRÉ PRUDENTE EDDINE | ALEXEY GER.....166-182

# apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no estrato B1 do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *DOAJ* (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2021 (n.44, maio/ago. 2021).

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**  
Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva

# LA ETIQUETA AMBIENTAL: SU APLICACIÓN EN LA EMPRESA DE PRODUCTOS LÁCTEOS DE GRANMA<sup>1</sup>

## THE ENVIRONMENTAL LABEL: ITS APPLICATION IN THE GRANMA DAIRY PRODUCTS COMPANY

Alcides Antúñez Sánchez<sup>2</sup>  
Ana Elisa Gorgoso Vazquez<sup>3</sup>  
Juana Lorente Alarcón<sup>4</sup>  
Elena López Espinosa<sup>5</sup>

**RESUMEN:** El artículo tiene como objetivo caracterizar las insuficiencias dentro de la ordenación jurídica para la concesión de la etiqueta-certificación ambiental, entregada de forma mayoritaria a las formas de gestión del sector estatal en la actividad del comercio en Cuba vinculada a la protección de los derechos del consumidor. Se hace para ello, un estudio muestral de cómo se implementa en la empresa de Productos Lácteos de la provincia Granma. Fueron empleados los métodos de investigación social teórico-jurídico, histórico-lógico, exegético-jurídico, derecho comparado, y análisis-síntesis. El etiquetado-certificación ambiental permite a los consumidores, compradores públicos y privados identificar los productos “verdes”, posibilita demostrar y comunicar a las formas de gestión que su producción y prestación de servicios es respetuosa con el ambiente como necesidad social, es un derecho individual y colectivo, donde todo ser humano tiene el derecho a gozar de un ambiente adecuado, el deber de conservarlo y sus derechos como consumidor. La obligación de los entes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el ambiente. El objetivo de la etiqueta ecológica es reducir el impacto negativo de la producción y el consumo sobre el ambiente, la salud, el clima y los recursos naturales, promoviendo productos que tengan un nivel elevado de comportamiento ambiental como valor añadido.

**Palabras claves:** inspección; auditoría; consumidores ecológicos; empresa amigable con el ambiente.

**ABSTRACT:** The article aims to characterize the shortcomings within the legal system for the granting of the environmental label-certification, delivered in a majority way to the forms of management of the state sector in the commercial activity in Cuba linked to the protection of the rights of the consumer. For this, a sample study is carried out on how it is implemented in the Dairy Products company of the Granma province. The theoretical-legal, historical-logical, exegetical-legal, comparative law, and analysis-synthesis methods were used. Environmental labeling-certification allows consumers, public and private buyers to identify “green” products, makes it possible to demonstrate and communicate to the management forms that their production and provision of services is respectful with the environment as a social need, it is an individual right and collective, where every human being has the right to enjoy an adequate environment, the duty to preserve it and their rights as a consumer. The obligation of public entities to ensure the rational use of natural resources in order to protect and improve the quality of life and defend and restore the environment. The objective of the eco-label is to reduce the negative impact of production and consumption on the environment, health, climate and natural resources, promoting products that have a high level of environmental performance as an added value.

**Keywords:** inspection; auditing; ecological consumers; friendly company with the environment.

---

1 El resultado del artículo corresponde al proyecto empresarial que se ejecuta en la empresa láctea GRANLAC en el municipio Bayamo.

2 Máster en Asesoría Jurídica mención administrativo ambiental por la Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu ORCID n.0000-0002-8561-6837.

3 Máster en Desarrollo Cultural Comunitario. Profesora Auxiliar de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba. Email: agorgosov@udg.co.cu. ORCID n.0000-0001-8207-2902.

4 Dra. C. Profesora Titular en la carrera de Ciencias Contables de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba. Email: elopez@udg.co.cu.

5 Dra. C. Profesora Titular en la carrera de Ciencias Económicas de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba. Email: jlorente@udg.co.cu.

## 1 INTRODUCCIÓN

La actividad económica de las formas de gestión es el resultado de la interacción de los agentes económicos en el mercado foráneo e internacional; en términos generales los productores producen y venden lo que los consumidores demandan. Aunque es la producción la que de forma directa impacta sobre el ambiente, y el consumo es el que determina en última instancia la magnitud de ese impacto.

En este sentido, se aprecia como en los últimos años del siglo XX se han realizado diversos estudios desde los saberes económicos y jurídicos, estos recogen la creciente disposición de los consumidores a pagar por productos que alcanzan la categoría verde en el mercado. Es decir, los productos que tienen un menor impacto ambiental que los productos convencionales similares, ya sea, por la utilización en su proceso de producción de tecnologías que generan menos emisiones contaminantes o residuos (tecnologías limpias). Por ello, desde el punto de vista de las empresas y la industria, esta predisposición de los consumidores genera incentivos a la inversión en tecnologías limpias, siempre que ello se traduzca en una mayor demanda de sus productos.

Por ello, ante la preocupación por la protección ambiental por los gobiernos, los empresarios en las formas de gestión y los ciudadanos como consumidores de los bienes y servicios ha ido en aumento desde la primera década del siglo XXI como consecuencia del cambio climático y de las adversidades que este trae consigo, ha hecho necesario el desarrollo de herramientas que permitan a la Administración Pública ejecutar el control ambiental a través de la auditoría pública y la potestad inspectora.

Se colige como al crearse la Red de Etiquetado Ecológico Mundial como una asociación no lucrativa para el etiquetado ambiental en 1994, con la finalidad de mejorar, promover y desarrollar el ecoetiquetado de los productos y servicios, para aunar un criterio único en los Estados. En la actualidad es la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) preside la red mundial del etiquetado ecológico. Para ejecutar la certificación, han sido creados mecanismos de respuestas a través de instrumentos económicos que permiten la tutela ambiental a la Administración Pública con la ejecución de la auditoría ambiental.

Al concluir la evaluación a la forma de gestión auditada se le hace entrega de la etiqueta-certificación ambiental, reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores como el instrumento voluntario dirigido a la protección ambiental, factible económicamente y donde participa en su ejecución un equipo multidisciplinario para determinar su concesión por su multidimensionalidad. Es un instrumento administrativo, de naturaleza reglada dentro de los ordenamientos jurídicos -actividad policía- representa un estándar de competencia económica para el desarrollo sostenible a las formas de gestión en el comercio como uno de los valores agregados que aporta en mercados competitivos donde se pondera el marketing empresarial.

El objetivo de la implementación de un sistema de etiqueta ambiental en un país es proteger a los consumidores. Por ello, en la doctrina jurídica de Hispanoamérica de la lectura de la postura de autores como Martín Mateo<sup>6</sup>, Sanz Rubiales<sup>7</sup>, Audivert Arau<sup>8</sup>, y Dopazo Fragio<sup>9</sup>,

---

6 MARTÍN MATEO, R. *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*, España: Trivium, 1994; MARTÍN MATEO, R. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, España: Trivium, 1994.

7 SANZ RUBIALES, I. *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*, España: Marcial Pons, 2000.

8 AUDIVERT ARAU, R. *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, España: CEDECS, 2001.

9 DOPAZO FRAGIO, P. *El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental*, España: Exlibris, 2001.

Lozano Cutanda<sup>10</sup>, señalan desde sus análisis que la certificación ambiental y al ecoetiquetado son términos distintos, aunque con una misma finalidad; el sistema de ecoetiquetado persigue sensibilizar a los consumidores para la adquisición de productos cuya repercusión ambiental sea mínima. La certificación ambiental es un estímulo para que las formas de gestión dirijan su producción y distribución en la red de comercio de bienes y servicios con la implementación de tecnologías limpias para obtener ventajas competitivas que implementen Sistemas de Gestión Ambiental para dar un tratamiento adecuado a los residuos de la producción realizada.

La génesis de la etiqueta ambiental se encuentra en Alemania en los finales de la década de los 70' como su antecedente mundial, se identificó con el logotipo Ángel Azul, por lo que le corresponde el mérito de ser la primera nación que la implementó por parte de la Administración Pública. El ejemplo alemán luego fue seguido en 1989 por Canadá y Japón. El sistema de etiquetado canadiense similar al alemán, pone mayor énfasis en la necesidad de evaluar el impacto medio ambiental de un producto a lo largo de todo su ciclo de vida. El sistema japonés, similar a los anteriores, pero con la novedad de haber aceptado libros y revistas impresas en papel reciclado y de productos libres de clorofluorocarburos.

Este sistema de etiquetado se valora como continuo su implementación en otros países como Noruega, Suecia, Finlandia, Austria, Francia, Portugal y Nueva Zelanda, elaborando sus propios sistemas aplicados a partir de 1989. Su reconocimiento, por la mayoría de las Administraciones Públicas en los diferentes Estados para su consumación ha sido paulatino, ha tenido como soporte legal la protección del medio ambiente como un bien público a partir de los textos constitucionales, en leyes de etiquetado, de protección al consumidor, de contralorías, de auditoría ambiental, ambientales, de fomento ambiental y de gestión ambiental.

Se considera que la expansión del ecoetiquetado ha tomado relevancia progresiva, toda vez que la Comisión de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio ha reconocido que los programas de ecoetiquetado pueden ser valiosos instrumentos de política ambiental para cada nación. Se aprecia, que disímiles han sido los modos de manifestación y protección del ecoetiquetado con mayor o menor intervención pública, pero convergen en la finalidad de estimular el desarrollo sostenible en la actividad económica con un rol protagónico y simbiosis en la relación Estado-empresa.

Sin embargo, aún queda camino por andar en la implementación general y en la eficacia de los propósitos que persigue el etiquetado ambiental, la contribución de los ordenamientos jurídicos es trascendental para su regulación; mientras unos van a la vanguardia otros aún están muy rezagados, lo cual obstaculiza la internacionalización racional del sistema de etiqueta-certificación ambiental y el conocimiento por los consumidores y empresarios para cumplir la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y los Objetivos del Milenio con una adecuada gestión ambiental como sujeto de gestión.

**MATERIALES Y MÉTODOS:** El artículo tiene como objetivo caracterizar las insuficiencias dentro de la ordenación jurídica para la concesión de la etiqueta-certificación ambiental, entregada de forma mayoritaria a las formas de gestión del sector estatal en la actividad del comercio en Cuba vinculada a la protección de los derechos del consumidor. Se hace para ello, un estudio muestral de cómo se implementa en la empresa de Productos Lácteos de la provincia Granma a través de un proyecto empresarial promovido por la Universidad de Granma a partir del 2020. Fueron empleados los métodos de investigación social teórico-jurídico, histórico-lógico, exegético-jurídico, derecho comparado, y análisis-síntesis.

---

10 LOZANO CUTANDA, B. El futuro de la flor europea: la nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea, *Revista Catalana de Dret Ambiental* No 1, España, 2010.

## **2 LOS INSTRUMENTOS DEL MERCADO VINCULADOS A LA TUTELA DEL AMBIENTE. LA ETIQUETA-CERTIFICACIÓN AMBIENTAL, SU IMPLEMENTACIÓN EN LAS FORMAS DE GESTIÓN**

Ante la preocupación por el deterioro del entorno, han ido en paralelo de los descubrimientos científicos dentro de la dimensión ambiental, demostrándose, así como el mundo está amenazado por una crisis ecológica de múltiples dimensiones, la que hoy afecta a todos los países y podría poner en peligro los sistemas de apoyo vital del planeta. Manifiesto por una serie de fenómenos tales que el cambio climático, la deforestación, la pérdida de biodiversidad biológica, entre otras.

Podría pensarse que el Comercio y el Medio Ambiente no tienen relación, sin embargo, no es difícil encontrar la conexión entre ambos. Se valora que, la conexión está en los patrones de consumo, las pautas en la producción vinculadas a la importación de mercancías. Por ello, se considera que el Comercio Internacional sí tiene efectos para determinar el desarrollo sostenible global y su contribución a incidir en los problemas ambientales globales con un efecto técnico, el efecto escala, y el efecto composición, al decir de Burgillo Cuesta, a los que los autores se afilian por su pertinencia.

A partir de los 60' del siglo XX, se analiza como los empresarios en las formas de gestión comienzan a sentir la necesidad de enfrentar un segmento de mercado que reclama una tipología de productos y servicios más respetuosos con la naturaleza, ante una legislación más estricta en materia ambiental a la que estaban obligados a cumplir.

La década de los 90', denominada "la Década de la Tierra" por Drumwright<sup>11</sup> es cuando este movimiento pro ambiental comienza a tener una mayor relevancia dentro de la sociedad, este provoca cambios en la conducta de los principales agentes del mercado y la aparición de diversos frentes de presión que promueven la defensa del ambiente y poseen un gran poder de negociación. Frentes clasificados en tres grupos: el social, el político-legislativo y el económico.

En la evolución de los valores de la sociedad, reconocida en el comportamiento de compra de numerosos individuos interesados por el impacto derivado de sus actos de consumo ha impulsado la llamada transformación "verde" del ámbito empresarial en el mundo, con mayor relevancia en los países desarrollados por su poderío económico y su desarrollo en las industrias.

Se considera que la preocupación ante la degradación ecológica a nivel mundial, la tendencia creciente entre los consumidores en la búsqueda de información de los productos o los servicios ante la estrecha relación entre la compra de un producto ecológico y la posibilidad de pagar un precio más elevado que por el de un producto tradicional son elementos que demuestran que los consumidores cada vez poseen una mayor conciencia ambiental y están dispuestos a adquirir productos y servicios amigables con la naturaleza en pos de su beneficio personal.

Autores como Maneiro Jurjo y Burgillo Cuesta, consideraron desde su postura que los mercados con asimetrías de información, en la literatura teórica han remarcado el papel de la buena reputación como el instrumento capaz de mejorar la eficiencia ante ese fallo de mercado. Este resultado se da, sobre todo, en mercados en los cuáles los compradores y los vendedores están involucrados en relaciones que duran más de un período, de tal manera

---

11 DRUMWRIGHT, M. E. Socially Responsible Organizational Buying: Environmental Concern as a Non-economic Buying Criterion. *Journal of Marketing*, 58, 1994, p.1-19.

que los vendedores tienen incentivos para invertir en reputación y serán reacios a ponerla en peligro a cambio de ganancias en el corto plazo derivadas de la venta de productos de baja calidad. En este caso la reputación, por sí sola, sería suficiente para solucionar el problema de asimetría de información. La alternativa más consistente al modelo de reputación, sería la existencia de una certificación que asegure a los compradores que el bien es respetuoso con el medio ambiente y por lo que los vendedores tienen que pagar. Este tipo de certificación se corresponde al ecoetiquetado.

Refieren los autores consultados que los estudios científicos coinciden que cuando los consumidores demandan bienes con una determinada calidad ambiental la información que requieren es de dos tipos: la científica -sería el conocimiento científico que explica la relación que existe entre las distintas actividades productivas y el ambiente, el coste de adquirir este conocimiento es muy elevado para los consumidores; en segundo lugar, relativa al proceso de producción y a los impactos del mismo sobre el entorno, el coste de adquirir esta información es menor que el anterior, pero todavía elevado para los consumidores individuales.

Las etiquetas ecológicas, los programas ambientales, los programas de certificación y de adquisición de productos ecológicos tienen como objetivo fortalecer los mercados con una orientación ecológica. Otros ejemplos de instrumentos basados en el mercado incluyen a las tarifas ambientales, a las cuotas de usuario, subsidios, sistemas de reembolso de depósitos y otros mecanismos, todos orientados a alentar o desalentar a los responsables de tomar decisiones con respecto a las características ecológicas de los bienes y de los servicios prestados.

Ante la preocupación por el equilibrio que debe existir entre el crecimiento económico y la protección ambiental, la Unión Europea ha estimulado con políticas de fomento en sus Estados miembros la promulgación de normativas jurídicas relativas a la producción de bienes y servicios que tengan en cuenta, desde la dimensión económica el impacto ambiental generado a la naturaleza para garantizar el desarrollo sostenible. El uso de la etiqueta ambiental es obligatorio, coexistiendo desde 1991 un distintivo de carácter comunitario para la agricultura ecológica y otro para la producción pre envasada y a su vez voluntaria para los productos no producidos en la Unión; en la Unión Europea el signo distintivo que identifica la etiqueta ambiental es la Flor Europea, de aquí que también ponderemos su relación con el Derecho de la Propiedad Industrial.

La norma técnica ISO 14 020 señala

“...la etiqueta ambiental o declaración es una exigencia que indica los aspectos ambientales de un producto o servicio. Por ello, se justiprecia como la etiqueta es en sí un instrumento de mercadeo, que puede dirigir el comportamiento de compra de un consumidor en una dirección determinada. Esta influye en el medio ambiente, en la economía y en los aspectos sociales al afectar a la Administración Pública en la materia ambiental, económica, de energía, y en la política social. Su promoción e implementación aportan la búsqueda del mejoramiento ambiental de un país en pos de alcanzar el desarrollo sostenible...”

Existen también otros organismos en el mundo que se ocupan de la entrega de la ecoetiqueta en cada nación a partir del distintivo aprobado en sus ordenamientos jurídicos, esta es entregada a través de las entidades subordinadas al actuar de la Administración Pública a través de la función inspectiva. En general se aprecia que dentro de los recursos más importantes para reducir la brecha entre el interés público y el comportamiento del consumidor se incluyen: las políticas de etiquetado, la certificación y la adquisición de productos ecológicos. Es por ello que las Administraciones Públicas prestan interés en

su regulación jurídica, para esto realizaremos un análisis de los instrumentos de mercado vinculados a la tutela del ambiente en respuesta a la Cumbre sobre Desarrollo Sostenible que tuvo lugar en Johannesburgo en el 2003, al promoverse instrumentos de suministro de información efectivos, transparentes, claros y no discriminatorios, con referencia explícita al ecoetiquetado como el instrumento de fomento ambiental, señalado por autores de la talla de Gordillo<sup>12</sup>, Mora Ruiz<sup>13</sup>, y Ortega Álvarez<sup>14</sup>.

En el mundo, se aprecia como el ciudadano confía en la capacidad de los gobiernos para formular y poner en práctica reglamentos ambientales y, por lo tanto, no relacionan sus hábitos de compra personales con la protección ambiental. Las personas confían en que su gobierno está haciendo lo necesario para proteger el ambiente. El segundo aspecto se refiere a la preocupación en torno al cumplimiento de la normatividad. La mayoría de los programas de etiquetado y certificación tienden a excluir los riesgos tóxicos o los relacionados con la salud humana.

La concesión de la etiqueta ecológica tiene como fin reducir el impacto negativo de la producción y el consumo sobre el ambiente, la salud, el clima y los recursos naturales, promoviendo productos que tengan un nivel elevado de comportamiento ambiental mediante la utilización de la etiqueta que así lo identifique en el mercado interno y el foráneo. Se pondera que, el ecoetiquetado es la tarjeta de presentación del producto y es su garantía de calidad.

La doctrina jurídica en la Unión Europea, al analizar la posición de autores como Martín Mateo<sup>15</sup>, Sanz Rubiales<sup>16</sup>, Lozano Cutanda, señalan que debe ser entendida desde una doble perspectiva, de consecución del mercado interior y de mejora de la información de los consumidores. El etiquetado ecológico consiste en etiquetas que informan al consumidor que los productos que las ostentan poseen ventajas ambientales en comparación con otros productos de la misma categoría. Como sistema de certificación un agente informa a los consumidores, confirma con ello la calidad ambiental de los bienes adquiridos dando de esta manera confianza a los consumidores y solventando el problema de la asimetría de la información.

Desde el Derecho Ambiental, otros autores como Martín Mateo<sup>17</sup>, Fernández Ramos<sup>18</sup> y Lozano Cutanda<sup>19</sup> en Hispanoamérica desde el pasado siglo XX son del criterio que la etiqueta ambiental está vinculada al derecho del consumidor, para ello fue creado un programa para una política de protección e información de los consumidores a partir de la premisa de que el consumidor ya no podía ser considerado únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios, para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor puedan afectarle directa o indirectamente.

Coinciden en sus estudios los autores consultados que se ha operado una cierta universalización de los intereses del consumidor que escapan a los meros elementos contractuales que regulan la adquisición final de bienes y servicios. Coligen sobre el

---

12 GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va edición, Argentina: Macchi, 2008

13 MORA RUÍZ, M. La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, *Revista Catalana de Derecho Ambiental* No4, España, 2012.

14 ORTEGA ALVAREZ, L. *El control jurídico del medio ambiente a través del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios*, Universidad de Toledo, España, 2013.

15 MARTÍN MATEO, R. *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*, España: Trivium, 1994; MARTÍN MATEO, R. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, España: Trivium, 1994.

16 SANZ RUBIALES, I. *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*, España: Marcial Pons, 2000.

17 MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ra edición, España: Trivium, 1991.

18 FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El sistema comunitario de etiquetado ecológico*, España: Universidad de Cádiz, 2013

19 LOZANO CUTANDA, B. *Tratado de Derecho Ambiental*, España: CEF, 2015.

surgimiento de la ecoetiqueta como un instrumento para poder integrar productos beneficiosos para el medio ambiente dentro del circuito del mercado. Aprecian que su objetivo es doble, de una parte, propicia el diseño, la producción y comercialización de productos con repercusiones negativas reducidas para el ambiente durante todo su ciclo de vida. De otra parte, proporciona al consumidor la posibilidad de identificar determinados productos, que comúnmente tienen un precio algo más elevado que los integrantes de su gama, añadida la garantía específica acreditadora de las cualidades del beneficio ecológico del producto, constitutiva de un valor agregado excepcional. Además, es significativo que en muchas ocasiones se le dé un tratamiento fiscal preferencial a través de políticas de fomento por la Administración Pública, para lograr la sostenibilidad, tal y como lo ponderó Sanz Larruga<sup>20</sup>.

La etiqueta ambiental es una declaración técnica de que un productor reúne determinadas cualidades ambientales y una autorización para poder ostentar en su comercialización un determinado distintivo. Se inscribe dentro de las medidas de integración del ambiente en el mercado, que no son las tradicionales medidas administrativas de reglamentación, inspección, autorización y sanción que aplica la Administración Pública. Constituye una garantía tanto para el fabricante como para el consumidor, ya que, con relación al primero impide la defraudación de la libre competencia que estaba dañando la rentabilidad de las inversiones en procesos productivos ecológicos por culpa de la publicidad engañosa, igualmente, con relación al consumidor, soluciona su incapacidad para comprobar por sí mismo las virtudes ecológicas del producto y le garantiza unas determinadas cualidades del mismo. Pueden generarse al mismo tiempo derechos intangibles de propiedad industrial si su singularidad ameritara el reconocimiento de un signo distintivo.

En el siglo XXI se valora como la demanda de productos y servicios ecológicos parece haber establecido un nicho o segmento de mercado especializado. Sí bien los mercados con etiquetado ecológico parecen haberse estabilizado o nivelado, tanto la certificación ambiental como la adquisición de productos ecológicos están en plena expansión. Con ello se permite proteger la salud humana y a la naturaleza. Las etiquetas, las certificaciones y las adquisiciones son catalogadas como categorías únicas, vinculadas entre sí. En el etiquetado y la certificación con frecuencia se aplican criterios e índices similares, si no es que idénticos. En términos generales, difieren en que las etiquetas se aplican a productos específicos (y a menor número de servicios), mientras que las certificaciones están orientadas a un público diferente: otras empresas importantes o compradores minoristas, más que a consumidores individuales, evaluando los sistemas de gestión ambiental (SGA).

La ecoetiqueta, puede cumplir la función de garantía a un menor coste y con mayores ventajas que una garantía que se basará en un precio más elevado. De esta forma, la ecoetiqueta actúa como medio de información para los consumidores sobre el grado de respeto ambiental de un determinado producto, y como incentivo para que las empresas introduzcan mejoras en el proceso de fabricación de los bienes y en el tratamiento de los residuos que genera su consumo, tal y como se señalara por Calomarde<sup>21</sup>, Lorenzetti<sup>22</sup>, y Salgado Beltrán. Es obtenida luego de ser ejecutada la inspección ambiental, tal y como lo

---

20 SANZ LARRUGA, F. *Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible*, VI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, España, 2011.

21 CALOMARDE, J. *Marketing ecológico*, España: Pirámide, 2000.

22 LORENZETTI, R. *Teoría del Derecho Ambiental*, 1<sup>era</sup> edición, México: Porrúa, 2008.

refrendan Nogueira López<sup>23</sup>, Pérez Moreno<sup>24</sup>, Parejo Alfonso<sup>25</sup>, Cutini<sup>26</sup>, y por su vínculo con las normas EMAS III aplicadas en la Unión Europea.

La certificación ambiental se considera que toma en consideración los sistemas de manejo ambiental subyacentes, en lugar de criterios específicos y técnicos para productos desde una perspectiva para toda la vida. Por ello, el paso de muchas empresas del control de la contaminación a la prevención de la misma podrá ayudar a explicar el acento creciente en la certificación y la adquisición institucional como instrumento económico que permita cumplir las metas ambientales para conformar la empresa amigable con el ambiente a futuro como principio informativo desde el Derecho Ambiental. Es concedida al concluirse la auditoría ambiental. El alcance del control ambiental vinculado a la entrega de la etiqueta a las formas de gestión se aprecia que está dirigida a los productos alimenticios, a los textiles, al calzado, a los cosméticos, a las sustancias peligrosas, a los productos electrónicos, a los detergentes, a la prestación de servicios, entre otras. En el mercado de la Unión Europea la entrega de la ecoetiqueta está vinculada por la multidimensionalidad de la cuestión ambientalista a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; en América del Norte se regula a través de la Ley de Etiquetado y Empacado para el Consumidor y en la Ley de la Competencia.

El cambio climático por sus resultados adversos en el siglo XXI, no ha afectado los hábitos de compra del público en general. Es factible que el Protocolo de Kioto impulsara a un primer plano el uso eficiente y la conservación de la energía. Generó la creación de una serie de programas e iniciativas auspiciados por la Administración Pública para promover la conservación y el uso eficiente de la energía, así como proyectos de construcción más ecológicos vinculados al medio ambiente construido. En el programa “*Environmental Choice*” se refiere una fuerte demanda de energía ecológica certificada, y se espera que esa demanda aumente a medida que las compañías se empeñen en reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y compren contrapartidas de los créditos de emisiones, tal y como se implementa en la Unión Europea, para mitigar los efectos del cambio climático, temas desde la arista jurídica analizados por autores como Lavandeira, Fernández Amor, y Sanz Rubiales.

Los elementos de contenido obligatorio que distinguen a la ecoetiqueta para su producción y comercialización desde la doctrina jurídica y la legislación revisada en los productos visible para quien los adquiere, son:

- denominación de la venta,
- lista de ingredientes,
- cantidad porcentual del ingrediente,
- cantidad neta,
- fecha de duración mínima,
- condiciones especiales de conservación o utilización,
- nombre o razón social y dirección del fabricante y embalador,
- modo de empleo,
- lugar de origen,
- marca registrada,
- número de registro industrial del comerciante,

---

23 NOGUEIRA LÓPEZ, A. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, *Revista Indret*, España, 2000.

24 PÉREZ MORENO, Á. *Instrumentos de la tutela ambiental*, Universidad de Sevilla, España, 2011.

25 PAREJO ALFONSO, L. *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España, 2013.

26 CUTINI, Á. El derecho de información del consumidor ecologista. Etiquetas ecológicas y procedimiento EMAS III, *Revista de Derecho de la Unión Europea* No 26, España, 2014.

- fecha de caducidad del producto,
- precauciones del empleo,
- lote de fabricación,
- riesgos del producto,
- grado alcohólico,
- símbolo de peligro o precaución.
- lugar de ubicación en la parte horizontal,
- la lengua a utilizar por el fabricante es la del país de origen del producto y las lenguas oficiales del país de comercialización.
- la solicitud se presenta ante el organismo competente designado por cada Estado miembro para su concesión o denegación.
- código de barras,
- código QR,
- número de la licencia sanitaria del producto concedida por la autoridad sanitaria

Es adoptada por las formas de gestión estatal o privada, otorgada a determinados productos o servicios como símbolo de acreditación y respeto al medio ambiente que mantiene durante el proceso de fabricación, comercialización o de su trayecto posterior al tratar de reducir su impacto al entorno. Certifica que ciertos bienes y servicios posean unas determinadas características ecológicas con respecto a otros bienes y servicios equivalentes dentro de una misma categoría. Se concede a través de un equipo evaluador independiente y se gestiona conforme a un estándar reconocido por la Administración Pública establecido previamente y regulado en la norma jurídica.

Las normas técnicas ISO han estructurado a la etiqueta ambiental en tres categorías: las de tipo I se acogen a la norma ISO 14 024 para las ventajas ambientales del producto, las del tipo II se acogen a la norma ISO 14 021 las características medio ambientales del producto, las del tipo III se acogen a la norma ISO 14 025, señala los impactos ambientales que los productos generan al entorno. Su finalidad al obtener la certificación con la etiqueta ambiental, se aprecia que estarían en el estímulo de los consumidores a realizar compras ambientales responsables, el incremento de las ventas y de los servicios, la mejora la imagen de las formas de gestión, la mejora la competitividad, a su vez aporta información detallada y veraz, hay una adecuada responsabilidad ambiental de los productos y servicios para un desarrollo sostenible y se incentiva la protección ambiental.

Se colige por los articulistas que los sistemas voluntarios se caracterizan por su naturaleza preventiva son instrumentos de mercado, toda vez que su fin es proteger al ambiente, y su finalidad sería la defensa del consumidor, el incremento de la competencia entre las formas de gestión en relación al volumen de sus ventas, y su control se ejecuta por la auditoría ambiental (certificación individual, el logo o sello, tarjeta informativa); los sistemas obligatorios aplican las normas administrativas para que fijen el límite del vertido y las emisiones a través de la norma tributaria y de contaminación como aparece en los ordenamientos jurídicos, los que le son aplicables el régimen sancionador (pesticidas, ozono, ahorro de energía).

Los instrumentos económicos están clasificados en ayudas, subvenciones, impuestos, tasas, cánones, las marcas de calidad ambiental, los sistemas de ecoetiquetado, la auditoría ambiental y los títulos valores negociables (permisos de emisión transferibles). Ello permite reconocer que los sistemas de etiquetado son una de las herramientas del actuar para proteger el ambiente por la Administración Pública.

En materia de investigación y desarrollo podría incorporarse consideran los autores del artículo la fórmula de Investigación + Desarrollo + Comercio con la etiqueta ambiental (EA)

como garantía del desarrollo sostenible, por lo que resultaría entonces: I+D+C+EA. Empero, todo esto redundaría que la forma de gestión que la aplicara sería entonces una empresa amigable con el ambiente: I+D+C+EA = EAA (Empresa Amigable con el Ambiente)<sup>27</sup>.

La etiqueta ambiental, es un instrumento de fomento ambiental, utilizado por la Administración Pública como resultado de la política pública para proteger el ambiente en una nación dentro a partir del reconocimiento del Derecho Administrativo, del Derecho Ambiental, que ha dado lugar a la integración del denominado Derecho Administrativo Ambiental, toda vez que las instituciones jurídicas como la función inspectiva, el control, la fiscalización, y la auditoría son reconocidas en el Derecho Administrativo, tal y como se señalara por autores desde la Unión Europea de la talla de Martín Mateo<sup>28</sup>, Audivert Arau<sup>29</sup>, Sanz Rubiales<sup>30</sup>, Mora Ruiz<sup>31</sup>; por ello, los empresarios dentro de las formas de gestión hacen estudios de mercado para conocer si sus productos tendrán la aceptación esperada por parte de los consumidores, vinculada con la certificación de la empresa responsable con el ambiente en la Responsabilidad Social Empresarial -dimensión ambiental-, como se colige por autores como Galindo Martín, Duran Herrera, De la Torre, Weber, y Baughn<sup>32</sup>, entre otros criterios sobre este tema analizados.

La implementación de la ecoetiqueta tiene dos objetivos: uno proteger el ambiente y otro orientar a las formas de gestión a ser menos agresivas con el entorno. Que en sí no debe ser utilizado no solo en su aplicación, pues posee al valorarse el vínculo que también tiene con la ejecución de la auditoría ambiental al evaluar las formas de gestión y conceder la certificación como policía ambiental. En América Latina, se valora como el sistema de certificación ambiental se ha desarrollado en la mayoría de los países a partir de su regulación dentro de los ordenamientos jurídicos a través de la función inspectora y con la auditoría ambiental, vinculada esta última a la actuación de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), como el órgano que la ejecuta y la concede, agrupados en la Organización Latinoamericana y Caribeña de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS).

Autores desde las ciencias jurídicas dedicados a estudios en la materia ambiental en América Latina de la talla de Gordillo<sup>33</sup>, Caferrata<sup>34</sup>, Leff<sup>35</sup>, de Besa Antunes<sup>36</sup>, Bellorio Clabot<sup>37</sup>, Lorenzetti<sup>38</sup>, Parejo Alfonso<sup>39</sup>, y Peña Chacón<sup>40</sup>, señalan que la etiqueta-certificación ambiental como parte de los instrumentos de tutela ambiental de la Administración Pública aún no está presente en la mayoría de los países de la región, hay retos pendientes por materializar como continuar el desarrollo de la sostenibilidad de los productos que permitan desde el

27 Empresa reconocida por la doctrina empresarial analizada además de la definición señalada en el artículo como: *Empresa Socialmente Responsable, Empresa Responsable con el Ambiente o Empresa Ecológica*.

28 MARTÍN MATEO, R. *Derecho Administrativo Ambiental*, 6ta edición, España: Trivium, 1997.

29 AUDIVERT ARAU, R. *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, España: CEDECS, 2001.

30 SANZ RUBIALES, I. *El mercado de derechos a contaminar*, 1ª edición, España: Lex Nova, 2007.

31 MORA RUÍZ, M. La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, *Revista Catalana de Derecho Ambiental* No 4, España, 2012.

32 BAUGHN, C. Influencias socio-políticas y económicas en la responsabilidad medio ambiental corporativa en Europa, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa* No 1, Madrid, 2009.

33 GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va edición, Argentina: Macchi, 2008.

34 CAFERRATA, N. *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA, 2013.

35 LEFF, E. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo*, Red de Formación Ambiental, Serie Foros y Debates Ambientales No 1, PNUMA, 2001.

36 DE BESA ANTUNES, P. *Direito Ambiental*, Brasil: Lumen Juris, 2010.

37 BELLORIO CLABOT, D. *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ra edición, Argentina: Astrea, 2004.

38 LORENZETTI, R. *Teoría del Derecho Ambiental*, 1ª edición, México: Porrúa, 2008.

39 PAREJO ALFONSO, L. *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España, 2013.

40 PEÑA CHACÓN, M. *El régimen económico y jurídico de los servicios ambientales*, *Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho* No 10, España, 2004.

Derecho Administrativo Ambiental armonizar los criterios de certificación y la participación de los agentes interesados; no obstante se aprecia la experiencia obtenida en Brasil, México, Chile, Colombia, Venezuela, Ecuador, Uruguay, Panamá, dan respuesta a lo acordado en Río+20 en implementar en la región el etiquetado ambiental tipo I como la herramienta clave de información sobre la sostenibilidad del producto, permitiría la definición de un marco de acción y el apoyo en la implementación y en la capacitación técnica.

En las diferentes formas de gestión, se valora que la toma de decisiones tiene que considerar y valorar los recursos naturales que utilizan y las implicaciones para el medio natural. Entre los factores que van a influir en esta toma de decisiones estarán: los precios de las materias primas y energía, las tecnologías existentes y el coste de las mismas, la legislación ambiental existente, las restricciones, los tributos y las sanciones que van a afectar a los costes de los productos a ofertarse por parte de las formas de gestión. Con ello, se tratará de internalizar los costes ambientales dentro de la cuenta de resultados, aunque esto va a tener sin duda una repercusión negativa a corto plazo en los beneficios generados. Desventaja que se puede eliminar, bien mediante una mejora de la productividad total, aplicando o desarrollando para ello tecnologías limpias o bien mediante una diferenciación y cualificación de sus productos al participar en la oferta con nuevos productos o servicios que minimicen su impacto ambiental, aplicando la ciencia y la innovación.

En este estudio, Calomarde<sup>41</sup>, Vicente Molina y Aldamiz-Echevarría González de Durana, Aguirre García, y Charterina Abando señalaban que no existe un producto ecológico por sí mismo, sino en función de su comportamiento ambiental durante todo su ciclo de vida, desde el análisis de las materias primas que lo componen, sus procesos productivos en conjunto, su uso, los residuos generados por su distribución y transporte y, finalmente, su reutilización o eliminación. Asociados según el criterio de los articulistas al principio precautorio y a la especialidad del daño ambiental en cuanto a su indeterminación en sí mismo más que por sus consecuencias latentes, al decir de la lectura de autores que han abordado esta temática como Martín Mateo<sup>42</sup>, Jaquenod de Zsogon<sup>43</sup>, Barahona Nieto<sup>44</sup>, Drnas de Clement<sup>45</sup>, Alexandra Otanga<sup>46</sup>, Leff<sup>47</sup>, Luiz Bonamigo, Caferrata<sup>48</sup>, y entre otros.

No obstante, se aprecia como a nivel internacional, y dada la complejidad de la realización del Análisis del Ciclo de Vida completo se ha creado la norma técnica ISO 14040, fue un primer intento de establecer esta evaluación, aunque únicamente a nivel de fabricación de los productos, quedando fuera las fases de uso y residuos de estos. Álvarez Hincapié<sup>49</sup> señala que la certificación ambiental es una garantía a través de una agencia certificadora independiente, que asegura que el proceso de producción o el producto cumplen con ciertos requisitos. Esto puede ser útil para promocionar un producto en distintos mercados, para mejorar sus posibilidades de ingreso a estos y (en algunos casos)

41 CALOMARDE, J. *Marketing ecológico*, España: Pirámide, 2000.

42 MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ra edición, España: Trivium, 1991.

43 JAQUENOD DE ZSOGON, S. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 3<sup>era</sup> edición, España: Dykinson, 1991.

44 BARAHONA NIETO, E. *El principio de precaución, principio orientativo de las decisiones de las administraciones públicas. Principio de Precaución Biotecnología y Derecho*, España: Comares, 2004.

45 DRNAS DE CLÉMENT, Z. *El Principio de Precaución en Materia Ambiental - Nuevas Tendencias*, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

46 ALEXANDRA OTANGA, G. *El alcance del principio de precaución en la Organización Mundial del Comercio*, España: Dykinson, 2008.

47 LEFF, E. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo*, Red de Formación Ambiental, Serie Foros y Debates Ambientales No 1, PNUMA, 2001.

48 CAFERRATA, N. *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA, 2013.

49 ÁLVAREZ HINCAPIÉ, C. *Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial en*, Revista P+L, Colombia, 2008.

para hacer que el productor reciba un mejor precio.

Por ello, se considera como hay clientes (especialmente a nivel internacional) que exigen ciertas certificaciones ambientales, que en caso de no ser cumplidas pueden llevar a la exclusión de la empresa productora del contrato a firmar. Para lograr este cumplimiento deben desarrollarse actividades de extensión a los productores, técnicos y otros agentes asociados a la cadena productiva. Aunque sean voluntarios y privados, los sistemas de certificación deben estar subordinados a los marcos regulatorios vigentes, así como la representación de los intereses nacionales en cuanto a la protección ambiental local. Deben además ser complementados con una visión clara acerca de las implicaciones comerciales y las condiciones ambientales para los productores locales, de aquí que los articulistas valoren su vínculo con la protección y los derechos de los consumidores en este mercado verde.

Se discurre que, la certificación ambiental de productos es un instrumento basado en el mercado que permite a los consumidores pagar una prima por productos elaborados según las normas de manejo sostenible. La adopción de tecnologías sostenibles depende de la existencia de instituciones adecuadas y de cierto nivel de acción colectiva. Sin embargo, es claro que otros factores pueden ser altamente influyentes, como la estabilidad social y las posibilidades efectivas de acceso a recursos económicos y financieros para los productores. Como la capacidad económica de los consumidores pueda ser una de las limitantes para el desarrollo de los mercados de productos certificados. Es concedida a las formas de gestión luego de haber sido evaluadas por la auditoría ambiental.

Sobre este particular, Antúnez Sánchez señala que en la relación jurídica que aparece entre el sujeto auditor y el auditado tras la sistematización realizada a la auditoría ambiental como institución jurídica, entre sus elementos objetivos se reconoce a la certificación ambiental con la ecoetiqueta a los bienes y servicios producidos por las formas de gestión. En la manifestación trifuncional de la actividad administrativa la ecoetiqueta refleja sobre todo la de fomento ambiental porque hace un producto o servicio competitivo a partir de su calidad ambiental, finalidad eminentemente pública en pos de alcanzar el desarrollo sostenible, relacionada a los principios del Derecho Ambiental que la informan como el precautorio, el de responsabilidad, de información.

Autores dedicados al estudio del Derecho Ambiental desde la década de los 90' hasta el siglo XXI en Iberoamérica como Martín Mateo<sup>50</sup>, Jaquenod de Zsogon<sup>51</sup>, Caferrata<sup>52</sup>, Jordano Fraga<sup>53</sup>, Mora Ruiz<sup>54</sup>, y Peña Chacón<sup>55</sup>, valoran que los principios aplicables a la certificación-etiquetado ambiental, incluyen el principio de sostenibilidad, de empoderamiento del consumidor, de prevención, de soberanía, de apertura de mercado, de internalización de costos, de voluntariedad, de viabilidad, de transparencia, de participación ciudadana informada, de objetividad, de incentivo a la innovación científica, de manejo social integral y de temporalidad técnica. Vinculados al principio de quien contamina paga, precautorio y de responsabilidad desde el Derecho Ambiental.

---

50 MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, 1<sup>ra</sup> edición, España: Trivium, 1991.

51 JAQUENOD DE ZSOOGON, S. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 3<sup>era</sup> edición, España: Dykinson, 1991.

52 CAFERRATA, N. *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA, 2013.

53 JORDANO FRAGA, J. *Derecho Ambiental*, Revista Medio Ambiente, España. Verdes Cabarcos, 2009.

54 MORA RUÍZ, M. La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, *Revista Catalana de Derecho Ambiental* No 4, España, 2012.

55 PEÑA CHACÓN, M. *El régimen económico y jurídico de los servicios ambientales*, *Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho* No 10, España, 2004.

Desde las ciencias empresariales, autores como Gómez Orea<sup>56</sup>, Fernández Amor, y González Rodríguez<sup>57</sup>, han reconocido que la competitividad (marketing empresarial) en las exportaciones, asociado a factores de protección del ambiente, a la conservación de los recursos naturales y a la protección de las personas, es un elemento de pertinencia para implementarlo en las formas de gestión. Será posible agregar con ello valor a los productos o servicios a través de la gestión ambiental, la gestión en salud y en seguridad ocupacional, con una adecuada responsabilidad social empresarial.

También se justiprecia, que la relación o vínculo con la Responsabilidad Social Empresarial -componente ambiental- y la materialización del binomio deber-derecho ambiental, al no ser solo una función estatal, sino como deber ciudadano y de los entes socioeconómicos, y sí como un derecho del consumidor, que no es más que el mismo ciudadano o ente socioeconómico. En la globalización la competitividad es un factor esencial para alcanzar objetivos como el desarrollo económico y social de un país, o bien el crecimiento de una rama de la economía o un conjunto de empresas. Existe un doble desafío, por un lado, el de la empresa privada deberá ser cada vez más competitiva y, por otro, el del Estado, que debe asegurarse de que, mientras se fomenta que la empresa privada también contribuya con sus empresas estatales al desarrollo sostenible.

Se analizan también, las ventajas de los bienes y servicios certificados, toda vez que su adquisición de productos con ventaja ambiental ha observado un aumento constante durante los últimos años incrementando su valor en los mercados. Las empresas públicas empiezan a tomar en cuenta los atributos ecológicos de los productos en sus procedimientos de compra debido a que se apegan a una disposición o consigna específica sobre las adquisiciones verdes, máxime hoy en Cuba que se fomenta la autorización de las empresas estatales y privadas a exportar su producción en mercados foráneos. En el caso de las formas de gestión privadas las empresas incorporan atributos ecológicos, esto las beneficia de manera directa (mediante costos más bajos durante la vida de los bienes adquiridos), indirectamente (al hacerse de un prestigio ante sus accionistas o clientes) o, con mayor frecuencia, al generarles ahorros en costos de largo plazo.

En los sujetos privados (PyMES) hay que resaltar como se valora toda vez que suelen inclinarse los empresarios privados a comprar productos con ventaja ambiental cuando su misión incluye la administración de la calidad ambiental. Asimismo, algunos negocios de venta al menudeo incluyen productos con ventaja ambiental en el surtido de bienes y servicios que ofrecen a sus clientes como consumidores ecológicos. Por lo que, se considera por los articulistas como se van asociando criterios jurídicos en la doctrina constatada acerca de los instrumentos de mercado con un enfoque ambiental, a través de una serie de términos vinculados al ecoetiquetado, el desarrollo sostenible y la competitividad ecológica, donde por un lado aparece la empresa amigable con el ambiente y por otro el consumidor ecológico. Todos están vinculados entre sí al ejecutarse la función inspectora ambiental y por otro lado el control a través de la auditoría pública con enfoque ambiental, la que es más integral toda vez que como proceso o procedimiento evalúa el SGA, la contabilidad ambiental y puede a su vez controlar el otorgamiento de la etiqueta-certificación ambiental, dimensionada al aparecer la Responsabilidad Social Empresarial -ambiental-

En este mismo plano, autores como Balderjahn y Ottman definen al consumidor

---

56 GÓMEZ OREA, D. *Gestión ambiental en la empresa*, Cátedra de Medio Ambiente y Ordenación Territorial, Universidad Politécnica de Madrid, 2000.  
57 GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, C. Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional, *Revista Economía* No36, México, 2011.

ecológico como la persona consciente de los costes externos generados por la producción, distribución, uso y desecho de productos, que evalúa negativamente tales costes externos y que intenta minimizarlos a través de sus propias elecciones. Refirieron que el consumidor ecológico es aquél que busca activamente productos que tienen un impacto relativamente mínimo sobre el medio ambiente.

Se analiza como resultado de este estudio, que la etiqueta ambiental ha tenido tradicionalmente su función de publicidad desde que fue concebida a partir de su génesis, se ha perfeccionado con la evolución comercial en este siglo XXI; y actualmente la certificación ambiental se materializa mayormente en ella. Se reconoce como la ecoetiqueta, significa un salto cualitativo de los productos y servicios que presta la Administración Pública a través de las formas de gestión, al identificarse su valor agregado con repercusiones privadas y públicas en las formas de gestión que la ponderan. Representa en sí ganarse un sector de consumidores que apuestan por los productos verdes o ecológicos, se garantiza con ello una connotación de calidad y protección ambiental en general. Tal representación, demuestra que el desarrollo sostenible en la actividad económica requiere de una protección armónica en el ordenamiento jurídico, ya sea público, privado o ambos cuyo destinatario final es el consumidor ecológico, como parte de los “paradigmas ambientales” de cada nación.

La etiqueta ambiental se justiprecia que es observada en los procesos de contratación mercantil por parte de los comerciantes que son partes en el negocio. En el proceso de la concertación del contrato las partes pueden requerir que los productos estén certificados ambientalmente, tal y como se reconoce en los INCOTERMS -TÉRMINOS INTERNACIONALES DE COMERCIO- requeridas en el tráfico mercantil para el producto o el servicio que se contrate entre las partes, se pacta en el contrato mercantil bajo el principio de libertad comercial. Ahora sí las partes solicitan el certificado de origen ambiental a los productos que así lo requieren, los autores analizan que será emitido el certificado -fitosanitario y el sanitario-, para un comercio sostenible realizado por las instituciones autorizadas para ello como el Ministerio de Salud y el de la Agricultura, son aplicables las normas técnicas ISO 14 001, 19 011 y la 26 000 -certifica el justo comercio- como medidas proteccionistas para la salud humana o animal o para proteger al ambiente. En el mundo empresarial se habla de un mercado verde, donde se potencian productos que cumplen con las exigencias de ser productos o servicios respetuosos con el ambiente, vinculados a la empresa amigable con el ambiente.

Cuba, también ha dado pasos para la protección aludida dentro del proceso de reforma económica en el siglo XXI. Sin embargo, hasta donde hemos llegado, como marchamos en cuanto al contexto internacional y cuáles son las perspectivas dentro del ordenamiento jurídico para su regulación y uso, serían las interrogantes a valorar por los articulistas; dada la necesidad de consolidación de un mercado interno eficiente y competitivo, que tenga mayor competencia y autonomía al mercado foráneo, sobre todo al sector estatal al ser el que predomina.

### **3 LA ETIQUETA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE MERCADO EN CUBA. RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO**

El siglo XXI inicia dando respuestas a los daños ambientales originados por el cambio climático, trae aparejado que en las diversas áreas geográficas del planeta se preparen los Estados para responder de manera adecuada a este fenómeno natural a través de políticas ambientales “paradigmas”. La protección ambiental constituye una necesidad social y un derecho individual y colectivo de todos los ciudadanos, Cuba como país insular no está ajeno

tal responsabilidad, para ello desde el pasado siglo XX la calidad de los bienes y los servicios es certificada por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), a partir de la aprobación de la Ley No. 81 de 1997. Hasta ahora se ha dirigido al sector estatal como la forma de gestión predominante del país, razón por la cual será el principal enfoque de este análisis en atención al texto constitucional del 2019.

La etiqueta-certificación ambiental ha estado destinada esencialmente a otorgarla al sector turístico como respuesta estratégica del país, toda vez que a mediados del siglo XX el turismo se convirtió en un sector significativo para la sociedad mundial y la nación cubana consideró invertir de conjunto con el capital extranjero en la denominada industria sin humo. La nación al concluir la década de los 90' del pasado siglo fomentó el desarrollo turístico, como sector de interés económicos se le denominó la locomotora de la economía cubana, ha seguido continuando su fortalecimiento en este siglo XXI a pesar de las adversidades del bloqueo económico.

La actividad económica del turismo comprende una serie de prestaciones cuyo rasgo común más destacado es su predisposición a satisfacer las necesidades peculiares del sujeto que se halla temporalmente fuera del lugar donde reside de forma habitual, por lo que se corresponde con el ecoetiquetado de servicios al momento de su adquisición por los consumidores, en atención a que el turismo foráneo sí tiene una cultura en el consumo de este tipo de productos, es por ello que se considera que la nación cubana deberá potenciar en este sector la apertura al mercado de los productos nacionales.

Los dos sistemas más empleados son la norma técnica ISO 14 001 y el *Eco-Management and AuditScheme* (EMAS), aunque este último se limita al escenario europeo. En Cuba se valora que se distinguen dos programas principales: el Aval ambiental y el Reconocimiento Ambiental Nacional, ambos del CITMA, quien es el organismo de la Administración Pública que hace su entrega pública a las formas de gestión como resultado de la inspección ambiental.

En Cuba, se aprecia que la existencia de dos esquemas fundamentales que certifican el trabajo ambiental en la industria hotelera patria, uno con el Aval Ambiental y el otro es el Reconocimiento Ambiental Nacional (RAN). El RAN, es más exigente en cuanto a indicadores y criterios de evaluación. Ambos se rigen por la Resolución No. 27 de 2000 del CITMA y esta previó dos categorías para su otorgamiento: el Reconocimiento Ambiental Nacional a Nivel Básico y el Sello Distintivo, para su concesión se ejecuta a través de la función inspectiva por el CITMA, al amparo del Decreto No. 100 de 1982, De la Inspección Estatal.

Este proceso de inspección ambiental se evalúa el desempeño ambiental en las empresas y constituye un imperativo cuando se trabaja por una certificación; la norma técnica NC-ISO 14 031 se refiere a este proceso evaluativo como “... *un proceso para facilitar las decisiones de gestión con respecto al desempeño ambiental por medio de indicadores, recopilando y analizando datos, evaluando información, reportando, comunicando, revisando periódicamente y mejorando este proceso...*”

Tal y como ha sido señalado con anterioridad, en Iberoamérica en los estudios académicos realizados por autores acerca de la función inspectiva vinculada a la protección ambiental, en relación con la concesión de la etiqueta-certificación ambiental como Bermejo Vera<sup>58</sup>, Betancor Rodríguez<sup>59</sup>, Alenza García<sup>60</sup>, García Ureta<sup>61</sup>, García de Enterría,

---

58 BERMEJO VERA, J. La Administración Inspectora, *Revista de Administración Pública* No 147, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

59 BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*, España: La Ley, 2001.

60 ALENZA GARCÍA, J. Potestad de inspección, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, España, 2004.

61 GARCÍA URETA, A. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, España: Marcial Pons, 2006.

Rebollo Puig<sup>62</sup>, Fernández Ramos<sup>63</sup>, Miranda Hernández<sup>64</sup>, Diez Sánchez<sup>65</sup>, Tirado Barrera, García Marcos<sup>66</sup>, Antúnez Sánchez y Ramírez Sánchez<sup>67</sup>. Alegan en su postura que es una normativa de carácter administrativo, señalan que dentro de este control la Evaluación del Desempeño Ambiental (EDA) integra tres dimensiones de análisis con indicadores propios a las formas de gestión, son el comportamiento operacional que refleja los resultados ambientales de una entidad, los indicadores de gestión que recogen los esfuerzos que realiza la organización en materia ambiental y los indicadores de situación ambiental que caracterizan el entorno en que se encuentra enclavada la organización.

Por ello, se evalúa que la socialización de la información ambiental no es solo una demanda o una aspiración de los científicos, los técnicos y de los especialistas dedicados a esta temática, constituye en sí una necesidad y una contribución a los procesos de mejora que desarrollan las organizaciones empresariales en las formas de gestión para conocer su posicionamiento respecto a la competencia y a las tendencias más reconocidas en el escenario en el cual se desenvuelven, no concebido de manera adecuada por el sector estatal, al ser este el de mayor predominio en el escenario mercantil nacional. Que quizás sea porque solo la producción científica se ha dirigido desde la arista económico-contable y exista poca producción científica desde las ciencias jurídicas y por qué no desde otras ciencias por su multidimensionalidad en la nación cubana. Es algo que habrá que revertir desde estudios promovidos por la academia en tesis de maestría y de doctorados.

La Constitución Cubana de 2019, al igual que su antecesora de 1976, en relación con estos imperativos analizados, omite la referencia directa a las actividades que por su especial naturaleza se consideran como servicios públicos en la nación, cuya titularidad estatal le imprime un régimen jurídico especial. Se entraña una norma que delimite de forma taxativa cuáles son los servicios públicos que debe garantizar el Estado, sea prestándolos de forma directa o mediante terceros, sobre la base del uso de construcciones jurídico-administrativas (concesiones y contratos).

No obstante, aun cuando no existe reseña expresa de ellos, algunos se pueden colegir de la lectura del texto constitucional de 2019, a saber: educación, salud, transporte, comunicaciones, entre otros. Se justiprecia añadir a lo preceptuado en el artículo constitucional sobre la protección del medio ambiente para lograr la sostenibilidad ambiental y la necesidad de cumplir con la legislación en la materia ambiental, toda vez que persiste en la necesidad de actualizar la normativa ambiental en la nación cubana como parte de la actualización legislativa. En su artículo 75, dispone: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras.

La situación en Cuba a partir de lo establecido en el Acuerdo 5179 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros del 2004 cuando se decidió organizar, autorizar, ejecutar y controlar, según procedió los trabajos de certificación de conformidad de los productos,

62 REBOLLO PUIG, M. *La actividad inspectora*, España: lustel, 2011.

63 FERNÁNDEZ RAMOS, S. La inspección ambiental, *Revista Medio Ambiente y Administración Local*, España, 2012.

64 MIRANDA HERNÁNDEZ, G.. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. *Revista Cuadernos de Inspección del Territorio*, 2012.

65 DIEZ SÁNCHEZ, J. *Función inspectora*, 1<sup>era</sup> edición, España: Instituto de Administración Pública, 2013.

66 GARCÍA MARCOS, J. La inspección ambiental y el derecho comunitario europeo, *Revista Ambiente & Derecho* No 26, España, 2014.

67 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; RAMÍREZ SÁNCHEZ, A. La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano, *Revista Dos Tribunais*, Thomsonreuters No 967, Brasil, 2016.

los sistemas de gestión de la calidad, los sistemas de gestión ambiental, los sistemas de gestión de seguridad y salud del trabajo, software, el etiquetado ambiental, la seguridad eléctrica, personas, así como de otros procesos y servicios de importancia para el comercio y la calidad de vida de la población.

Ello permitió establecer, otorgar y retirar las marcas y certificados de conformidad por ella emitidos. Aprobar o denegar la solicitud de otras organizaciones como órganos de certificación de tercera parte, según las atribuciones establecidas en el Decreto Ley No. 182 de 1998, para conformar a futuro el Reglamento General de la etiqueta ambiental de la República de Cuba, con su adecuado reconocimiento dentro de una Ley Orgánica de las Empresas y en una Ley de Protección y Derechos del consumidor, ausentes en el ordenamiento jurídico patrio, como ha sido reseñado.

Sobre lo señalado, Terry Berro<sup>68</sup>, consideró que el CITMA, mediante la Resolución No. 27 de 2000, puso en vigor el Sistema Nacional de Reconocimiento Ambiental con los objetivos siguientes: distinguir a las entidades ocupadas en la solución de sus problemas ambientales, incentivar la mejora continua del desempeño económico y ambiental de las mismas y prepararlas para la obtención de certificaciones internacionales, cuando existieran condiciones para ello. Cuatro años después, la Resolución No. 135 de 2004 del CITMA derogó a la anterior y comenzó a regir el proceso, aun cuando persigue objetivos similares, garantiza un mejor ordenamiento de los procedimientos y propicia la inserción de conceptos en el ámbito internacional como el de Producción Más Limpia.

Esta policía ambiental -función inspectora- del CITMA<sup>69</sup> en el desarrollo normativo interno permite prioridades en la aplicación del instrumento, establece penalizaciones, dispone mecanismos reclamatorios, y establece políticas de seguimiento y control, como proceso y procedimiento, como exige la responsabilidad. Se reconoce que aun y cuando este sistema esta implementado existen dificultades que atentan contra los propósitos de lograr una mayor incorporación del sector estatal al proceso. Entre ellas el incumplimiento de las regulaciones ambientales vigentes, la baja disponibilidad de recursos materiales y financieros para la realización de los diagnósticos ambientales y la ejecución de alternativas de solución a los problemas identificados, la calidad insatisfactoria de muchos de los diagnósticos presentados; así como el aún insuficiente nivel de concientización de los directivos de muchas entidades en lo relativo a la estrecha vinculación entre desempeño ambiental y desempeño económico, tal y como se señala en la Estrategia Ambiental Nacional y en el Plan de Lucha contra la Contaminación Ambiental. Siendo los punteros en esta certificación el sector del Turismo, empresas estratégicas y de prestación de servicios públicos, como sujetos económicos estatales, pero es un sector aun minoritario.

Desde que la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) legitimó la etiqueta ambiental cubana en el 2008 a solicitud del CITMA; se daba así otro paso vital en el propósito de contar con un atributo que dé a sus productos un lugar de preferencia en el cada vez más competitivo comercio internacional. Pero este no es el único beneficio que tendrán la economía, sus productos y servicios, y los consumidores, tanto extranjeros como nacionales. En consecuencia, se considera que la legitimación mundial de la etiqueta ambiental propicia la obtención de una imagen ecológica para la empresa que ofrece el producto o servicio,

---

68 TERRY BERRO, C.. Reconocimiento Ambiental Nacional. Cinco años de experiencia, *Revista electrónica de la Agencia del Medio Ambiente* No 9, La Habana, 2005.

69 Resolución No. 103 del CITMA, de fecha 10 de junio de 2008, *Reglamento de la inspección estatal de la actividad reguladora ambiental*. G.O. Ordinaria No. 41 de 2 de julio de 2008.

y estimula el uso y desarrollo de tecnologías limpias y sustentables, metas igualmente importantes en la batalla global y local por proteger y protegernos a la naturaleza de los males que la especie humana ha causado.

En consecuencia, URQUIAGA MERGAREJO analiza desde su postura que, la etiqueta ambiental es una marca de conformidad que certifica que los productos están acordes con las Normas Cubanas y, en su ausencia, con los documentos referentes a la protección ambiental. Permitirá otorgar un distintivo para la diferenciación de los productos verdes (ecológicos) y el enfrentamiento de posibles barreras al comercio internacional, así como proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ambientales de los artículos que adquieren, sin comprometer por ello la seguridad de estos o de los trabajadores, ni afectar las propiedades que hacen que una mercancía esté apta para el consumo.

Significa luego de haber analizado las posturas de autores que han sido consultados que, el país está en condiciones para desarrollar e implementar el Programa de Etiquetado Ambiental de la República de Cuba, mecanismo a través del cual se pretende promover el diseño, elaboración, comercialización y utilización de productos con efectos negativos mínimos sobre el ambiente en todo su ciclo de vida. Es el escenario favorable para desarrollar e implementar tan importante y necesario instrumento, a partir de la base reglamentaria y normativa, la reanimación de la economía y la atención priorizada que ofrece el gobierno a la temática ambiental.

En su condición de experto consideró que la etiqueta se basa en el Análisis del Ciclo de Vida del producto (ACV) y supone la concesión de uso de una marca en caso de que el producto o familia de estos cumpla con los criterios ecológicos específicos. Se tendrán en cuenta los elementos que puedan originarse en el ciclo de vida del producto o familia de productos en cuestión, los cuales considerarán la contaminación y degradación del suelo, el agua, la atmósfera, el ruido, el consumo de energía y recursos naturales como el hídrico, así como la repercusión en los ecosistemas. Las pautas ecológicas estarán a disposición pública con toda transparencia y tendrán validez por tres años.

Las novedades relacionadas con la preservación ecológica han estado, en los últimos años, en las entidades turísticas del país, en particular las instituciones hoteleras, que se interesan por contar en sus servicios de alojamiento con la distinción comercial al estilo de la que puede ofrecerles una etiqueta ambiental. Con la aplicación de este programa deberá asegurar a la economía nacional un vehículo que propicie la mejora continua del desempeño ambiental en todo el ciclo de vida de los productos que obtengan la etiqueta, la cual puede ser solicitada por cualquier persona natural o jurídica que justifique su condición de representante legal de la empresa que fabrica el producto o presta el servicio. Se excluye de solicitar esta etiqueta los medicamentos y los alimentos, los cuales disponen de otros sistemas de certificación que avalan sus cualidades, según normas internacionales. Sustentada en normas técnicas y actos administrativos internos del CITMA, cuestión que debe cambiar si queremos que la empresa estatal sea competitiva.

La introducción de estos resultados se justiprecia que son de relevante importancia, muchas empresas preocupadas por el impacto que generan sus actividades sobre el medio natural y el cumplimiento de la legislación ambiental vigente comienzan por certificar su SGA, y luego se interesan y preocupan por etiquetar sus productos para lo cual podrán ahora acogerse al Programa de Etiquetado Ambiental. De aquí que, se siga ponderando la necesidad de conformar empresas amigables con el ambiente en el escenario mercantil. De hecho, los beneficios serán relevantes tanto en el plano económico, lo político como en lo social, ya que en un país donde predomina la voluntad de protección del medio natural, contribuye a

elevar el nivel de conciencia ambiental y la preferencia por los productos que obtengan la etiqueta ambiental. El programa también contribuiría a incrementar la competitividad de las exportaciones con empresas amigable con el ambiente. Con la oficialización internacional de la etiqueta, Cuba a su vez se convirtió en el tercer país en la región que cuenta con un programa de este tipo, el cual sigue siendo un reto en su concreción.

La etiqueta ambiental de un producto a partir del programa nacional se considera que deberá responder a los criterios técnicos establecidos por el país, al ser transparente puede sometida a los Acuerdos bilaterales y/o multilaterales de reconocimiento del que el país se signatario en cumplimiento del Derecho Internacional desarrollados en el ordenamiento jurídico interno, como es la Red Mundial de Eco-etiquetado, conocida por sus siglas en inglés GEN. Se valora como los Programas de Etiquetado Ambiental Tipo I no son muy abundantes en América Latina, estos existen en Estados Unidos, Europa y Asia, y forman parte de la Red Mundial de Eco-etiquetado, con 32 países miembros y una sede rotativa, la cual radica en Japón.

Se analiza que en el siglo XXI, en los órganos del Estado la Contraloría General de la República (CGR) como el órgano superior de control en la Ley No. 107 de 2009 y en el Reglamento de la Ley No. 107 de 2010, al ser este quien reguló la auditoría ambiental, pero esta disposición jurídica no establece la certificación ambiental de los bienes y de la prestación de los servicios dentro de las formas de gestión luego de ejecutarse la función auditora, el legislador lo omitió, por ello a futuro deberá actualizarse la normativa jurídica de la auditoría pública.

No obstante, en el país el CITMA, es quien ha venido ejecutando la función inspectora en lo ambiental, solo que en un pequeño sector de interés económico (ecosistemas) como se ha desarrollado en el artículo. En el plano jurídico, la regulación normativa de la auditoría ambiental patria omite la certificación ambiental al concluir el proceso, común en el resto de la doctrina consultada en la región de Iberoamérica y en el resto de países constatados por los beneficios que como valor agregado trae para el comercio a los empresarios para transitar desde la certificación de la calidad hacia la ambiental, a partir de las regulaciones de la Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente.

Se considera como en la nación cubana dentro del derecho interno, el control ambiental se ejecuta a través de la función inspectiva, la fiscalización, y la auditoría, en relación con los principios rectores del Derecho Ambiental a través de la obtención de títulos habilitantes en los organismos de la Administración Pública que controlan la política ambiental por la CGR.

La década del 80' del siglo XX, señaló que el éxito de la empresa estatal se alcanzaba con el logro de la marca estatal de calidad de sus productos, el actual siglo mide no solo en volúmenes productivos sino la eficiencia y eficacia de la gestión lo que implica que ningún subsistema sea afectado, la que no podrá ser evaluada sí no se aplica la auditoría ambiental por la Contraloría General de la República a las formas de gestión del sector estatal por ser estas las mayoritarias y se certifiquen ambientalmente.

El catedrático Sanz Larruga señalaba desde su posición

[...] la empresa estaba acostumbrada al conflicto intraempresario -es decir, al conflicto entre patrón, empleador y trabajador, conflicto de derecho del trabajo- y al conflicto inter-empresario -de derecho comercial, conflicto con el cliente y con el proveedor-. De pronto se ve inmersa en otro tipo de conflicto, de base social, porque el Derecho Ambiental es un derecho de

grupo, de clase, de categoría, ligado a una pluralidad de sujetos integrantes de un grupo, vinculados en virtud de una pretensión de goce de una misma prerrogativa, al ser un derecho de goce, disfrute y afectación solidaria [...] <sup>70</sup>

También, Antúnez Sánchez señala que la política del Estado y del Gobierno en el siglo XXI entroniza la esfera ambiental no solo como escenario de todas las actividades del país, sino como el preciado objeto de protección y conservación para lograr la sostenibilidad en la actualización del modelo económico y social. Se destaca que el logro empresarial en estos momentos de actualización del modelo económico se alcanzará con el reconocimiento dentro de las formas de gestión estatal en el sector estatal cubano de su condición ambiental y no solo por el respeto y el cumplimiento de los planes técnico-económicos como se ponderaron en el pasado siglo XX en la nación cuando estaba formada parte del Consejo de Ayuda Mutua Económica del extinto bloque socialista.

Desde estos enfoques, se justiprecia que el éxito empresarial de las formas de gestión del sector estatal no se deberá tener en cuenta solo por cifras de los productos finales y la satisfacción de las necesidades del país, sino en la calidad del proceso productivo en el que la dimensión ambiental esté presente y deba ser altamente considerada al momento de entregar la certificación ambiental al concluirse la auditoría, ya sea realizada a través de la gestión directa o indirecta. Donde primará la planificación, la que tendrá en cuenta las tendencias del mercado interno y el foráneo, factores valorados que entrarán a jugar un rol relevante en la aplicación de la auditoría ambiental como una de las herramientas de gestión para revolucionar y evolucionar a las formas de gestión del sector estatal cubano, que les permita ser competitivas ante mercados exigentes con productos certificados en materia ecológica.

Con la actualización del modelo económico y social cubano en el siglo XXI, se considera que la demanda del éxito empresarial permitirá la sustitución de importaciones, lo que significa crear las riquezas necesarias, las que no podrán ser alcanzadas sin que todas las esferas marchen de forma coordinada y no avancen unas en detrimento de otras. Tal es el caso, de la inserción en los productos del Código de Barras y el Código QR, el primero aporta información sobre el producto luego de conocer la información de su lectura, y el otro implementado en la plataforma de pago en línea en la nación como parte del fomento del comercio electrónico en esta nueva pasarela de pagos.

Estas formulaciones estudiadas, permiten sentar posición a los articulistas en relación al desarrollo de la forma de gestión estatal cubana con la empresa amigable con el ambiente, integradora de la política dentro de la actualización del modelo económico y social en el sector estatal, donde la implementación de las herramientas de gestión en su conjunto por parte de la CGR y el CITMA juegan un rol esencial para que el país promueva la etiqueta-certificación ambiental, pero esta decisión le corresponderá a la CGR, toda vez que el CITMA es quien acompañará esta certificación al órgano supremo de control, tal y como se dispone en la Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento del 2010 (Antúnez Sánchez, 2017).

Para ello, se considera que la ejecución de la auditoría ambiental permitirá lograr empresas eficientes y competitivas en el mercado al aplicarse los resultados de la ciencia, las tecnologías,

---

70 SANZ LARRUGA, F.. *El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el Derecho Ambiental*, España: Instituto de Estudios de la Administración Local, 2009.

y la innovación en el cuidado de los recursos naturales a través de acciones protectoras del entorno, del patrimonio y de la cultura de la nación cubana. Será necesario para ello continuar el trabajo desarrollado en base a perfeccionar las condiciones organizativas, las jurídicas e institucionales que se emplean para establecer los tipos de organizaciones económicas que garanticen la combinación de la fórmula I+D +C + (EA) para lograr un desarrollo rápido y eficaz de nuevos productos y servicios, con estándares de calidad y de la gestión comercializadora interna y exportadora, requeridos hoy de una evaluación por esta tipología de auditoría.<sup>71</sup>

Es valorada la postura de Fernández Infante<sup>72</sup> desde la Oficina de Normalización del CITMA, como experto ha señalado la necesidad e importancia de que las formas de gestión se inserten en el sistema de etiquetado-certificación ambiental, por su valor para el comercio y la protección del medio ambiente. Otros autores desde las ciencias contables y económicas como Fernández Companioni<sup>73</sup> y Triana Cordoví<sup>74</sup>, señalan la necesidad de que las formas de gestión en la nación cubana transiten a otro nivel, el de la calidad ambiental.

Por ello, Antúnez Sánchez<sup>75</sup> considera que le corresponderá a la CGR definir la política tecnológica para reorientar el desarrollo industrial de la nación, el control de las tecnologías en uso en el país y las nuevas que sean adquiridas, a fin de promover su modernización sistemática con atención a los análisis de la eficiencia energética, la eficacia productiva y el impacto ambiental que estas puedan generar, factores estos que contribuirán a elevar la soberanía tecnológica en las ramas estratégicas en la actualización del modelo económico del sector estatal, evaluados a través de la actividad de policía, donde la ciencia y la innovación tienen un papel destacado para incidir en el desarrollo de Cuba .

Toda vez que el sector estatal cubano cuenta con empresas que utilizan tecnologías incompatibles con las tecnologías limpias en su mayoría con más de 60 años de explotación y heterogeneidad industrial, obsoletas, las hacen casi en su totalidad no competitivas en el comercio interno y foráneo al no estar concebidas como empresas amigables con el ambiente. Se considera, que será de suma importancia reglamentar en la nación la concesión de la etiqueta ambiental y la certificación ambiental a las formas de gestión en la nación cubana con uso obligatorio en una norma legal. No obstante, es loable señalar que hay organismos de la Administración Pública en la nación que dan pasos de avances en este sentido, como el Ministerio de Turismo, la Industria de Medicamentos, la Industria Eléctrica y la de extracción de petróleo. Pero se valora que no ha sido asimilado de manera adecuada la implementación de la etiqueta-certificación ambiental por el Ministerio de la Agricultura, en la Industria procesadora de Alimentos, entre otros sectores de la nación que inciden en la economía nacional y en las exportaciones. Lo que permitirá seguir profundizando a futuro sobre la relevancia de este tema que permita con ello el progreso económico a Cuba en su actualización de su modelo económico y social e incrementar su producto interno bruto (PIB).

---

71 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; GORGOSO VÁZQUEZ, A.. La formación jurídica ambiental. *Revista Murmullos Filosóficos*. México, 2019.

72 FERNÁNDEZ INFANTE, R.. *El etiquetado ecológico, retos y perspectivas*, Oficina Nacional de Normalización CITMA. La Habana, 1994.

73 FERNÁNDEZ-COMPANIONI, A.. La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad, *Anuario de la Facultad de ciencias económicas y empresariales*, volumen IV, Universidad de Oriente, 2012.

74 TRIANA CORDOVÍ, J.. La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas. Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo? *Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas* COFÍN Habana, 2013.

75 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. Tesis doctoral: *La auditoría ambiental, ordenación jurídica en el Derecho Ambiental para el sector estatal cubano*. Universidad de Oriente. Cuba, 2017.

### **3.1 El uso de la etiqueta ambiental en la Empresa Láctea de Granma en los productos comercializables**

La industria procesadora de alimentos como parte del Ministerio de la Industria Alimenticia en la nación, dentro del entramado de la Administración Pública cubana en el proyecto social revolucionario con más de 60 años, es un sector estratégico que incide en la economía nacional y en las exportaciones foráneas para lograr alcanzar dos principios constitucionales “seguridad y soberanía alimentaria”; como se señaló con anterioridad no se asimila de manera adecuada la implementación de la etiqueta-certificación ambiental en las formas de gestión. Quizás sea por desconocimiento de sus directivos, que no sea su uso obligatorio, que no exista una norma legal que establezca la competencia entre empresas, en fin podríamos señalar disímiles causales de no usarla en la producción terminada.

Para ello, en la muestra realizada como parte del proyecto empresarial que ejecuta la Universidad de Granma desde el 2020, se aprecia como la Empresa de Productos Lácteos a raíz del 2020, fue que se ocupó de legalizar parte de sus productos que comercializa, y que actualmente funciona en el mercado bajo el emblema empresarial GRANLAC en lo interno y foráneo, necesitado de empoderarse de las bondades que proporciona el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones y las Tecnologías Aplicadas a las Comunicaciones para fomentar el negocio y sus productos ecológicos. Lo que demuestra el no adecuado conocimiento que tiene el Derecho de la Propiedad Industrial y sus disposiciones jurídicas en el ordenamiento jurídico cubano. Requerido de acciones formativas como parte de incrementar la cultura jurídica para ser competitivo en el mercado.

En su producción tiene varios productos derivados de la leche (19), y productos derivados de la Soya (5). Lo hace bajo el lema comercial “Verdadera Tentación”, están asentados en la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial, legitimando de esta manera sus producciones para su reconocimiento legal, de esta forma cumple con el principio de legalidad.

De su producción y comercialización se aprecia que tienen 8 marcas registradas en la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (La Bayamesa, La Hacienda, Rocío, Gélica, Lozana, Ricuchos, Meñique, y Picarin), vinculadas a la producción de alimentos con el uso de la leche y otros productos lácteos, harinas y preparaciones hechas de cereales, helados comestibles, salsas (condimentos), quesos, yogur natural y de soya, mantequilla, queso crema de soya, queso crema de leche de vaca. Requeridos a consideración de los autores del artículo del uso de la ecoetiqueta. El nombre comercial que tienen registrado es la marca La Hacienda.

En este particular, los alimentos producidos tienen que tener la Licencia Sanitaria que emite el Ministerio de Salud Pública y la Licencia que otorga el Ministerio de la Industria Alimenticia. Se constató en la muestra realizada que utilizan la plataforma en línea del correo electrónico EN ZONA, donde ofertan productos al mayor y al detalle a través de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones en la plataforma 2.0.

Esta empresa estatal luego de ser nacionalizada, hay que acotar que tiene sus antecedentes en la producción láctea en la marca internacional NESTLE del año 1930 antes del triunfo de la Revolución, cuyos propietarios con capital invirtieron en acciones en una sociedad mercantil conformada en los registros públicos, estos eran empresarios privados anglo-suizos promoviendo esta marca en sus productos en aquella época. La cuál tiene un alto reconocimiento internacional de sus productos.

Hay que significar que en la década de 1930 al 1940 la fábrica solo producía leche condensada azucarada; es a partir de 1934 como parte de su producción secundaria se adiciona en su producción la leche evaporada en latas normales y en latas de 1 galón. En los finales de 1935 también comienza a producirse productos alimenticios como el Milo, Nescafé, Harina Lacteada, Leches Dietéticas y crema esterilizada bajo la marca registrada Nestlé. Las

producciones se realizaban de acuerdo a los intereses de los propietarios y no de acuerdo a las necesidades del pueblo en esta etapa. Generado por el nivel ganadero de la zona en la producción de leche.

Hoy, con más de 90 años de existencia, luego de haber sido nacionalizada en 1960, el emblema comercial de la fábrica es otro GRANLAC, tiene como sujeto de gestión del sector estatal como principal misión producir y comercializar derivados lácteos, de soya y café, dirigidos a satisfacer el mercado nacional planificado y de divisas con calidad, eficiencia, variedad y competitividad en los surtidos, esta marca se aprecia que aún no tiene una promoción adecuada a través de los medios de comunicación, donde la vinculen al desarrollo cultural del territorio en sus promociones de los productos, al ser una provincia por excelencia agropecuaria, donde se promoció la cultura del entorno, esto en el mercado interno y el foráneo incidiría en la competitividad de su producción en las 6 Unidades Básicas que componen a GRANLAC distribuidas en Bayamo Lácteos Bayamo, Dietéticos (antigua instalación Nestlé), la Hacienda, el Alba, Lácteos Manzanillo, y Lácteos Media Luna.



Fuente: Empresa Láctea Granma

Productos derivados de la leche	
Leche condensada azucarada.	Queso Patagrás
Leche evaporada	Queso Siboney
LACTOSÁN	Queso Fundido
CEREMIX	Quesos Blanco
LACTOSOY	Queso Monte Carlos
MATERLAC	Queso minidosis
Harina lacteada	Helados (tinas, potes y paquetería)
Arepas	Cremas de queso
Chocolé	Sabores concentrados
Café con leche en polvo	Crema fresca de leche
Leche entera en polvo	Yogurt natural y saborizado
Leche descremada en polvo	Requesón
Leche con chocolate en polvo	LACTOFRES
Mezcla en polvo para frozen	Mezcla de leche c/café
Mezcla en polvo para helado	Queso Cubanito
Salsa Bayamesa	Butter Oil criollo
Mezcla de leche c/chocolate	Mantequilla

Leche fluida y concentrada	Queso crema
Dulce de leche	Queso Mozzarella
<b>Productos derivados de la soya</b>	<b>Otros</b>
Leche de soya en polvo	Harina dietética
Leche saborizada de soya	Mezcla para natilla
Queso crema de soya	Alimento Tónico Fortificante
Crema untable de soya	Refresco instantáneo
Yogurt de soya	Láminas de polietileno (alimentario y retráctil)

Fuente: Empresa Láctea Granma

Hoy GRANLAC es el único sujeto de gestión del país que elabora las producciones de leche condensada, harina lacteada, Materlac, para las mujeres embarazadas, y Lactosan, productos estos que se venden a la Empresa Comercializadora y Distribuidora de Medicamentos (ENCOMED), sujeto económico encargado de suministrarlos a las unidades de farmacias de toda Cuba. También se hace la base del Prolaxil, otro medicamento que se elabora en el Instituto de la industria alimentaria. Tampoco es muy común que los combinados lácteos produzcan confitería, y en una de las unidades de Bayamo se confeccionan bombones y tabletas de chocolate.

Las etiquetas comerciales de los productos que se elaboran por esta industria para comercializar lo hacen con las etiquetas comerciales:

Productos variados vendidos en las tiendas recaudadoras de divisas y en moneda nacional



Productos lácteos destinados a la canasta familiar que se distribuye en la red de comercio minorista



Fuente: Empresa Láctea Granma

Como se constata, el muestreo realizado por los involucrados en el proyecto, permite demostrar que los alimentos producidos por GRANLAC no cumplen de manera adecuada con los requerimientos que señala la norma técnica para el uso de la etiqueta ambiental, a pesar de que están registrados en la ONPI deben transitar a la obtención de la marca registrada en pos de ser más competitivos con una gestión ambiental óptima. Deben empoderarse más con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones para fomentar su producción de los productos lácteos.

Sirva este acercamiento desde la academia a partir de la integración de contenidos desde diversas ciencias con la ejecución de este proyecto empresarial, de ponderar la necesidad de que el capital humano de esta forma de gestión está requerido de incrementar su cultura empresarial, la que podrá lograr alcanzar a través de la formación jurídica que permitan mitigar los impactos ambientales desde lo económico, sociocultural, tecnológicos, y en la salud.

#### **4 CONCLUSIONES**

El interés creciente de los consumidores para adquirir productos ecológicos, permite la oportunidad de su presencia en los mercados para que las formas de gestión ejecución su certificación como empresa amigable con el ambiente para ser más competitivas, ejecutada a través de la auditoría ambiental y la función inspectiva. El objetivo es obtener beneficios económicos con regulación y control, para reforzar la imagen de la marca dentro del marketing ecológico que se ejecuta en la actividad de comercio. Las formas de gestión en el mercado tienen en cuenta que las Administraciones Públicas participan en la entrega de la concesión de la etiqueta ecológica, otorgando su reconocimiento oficial a través del distintivo aprobado por cada país. Permite posicionarse de forma más ventajosa en la contratación pública para proteger al ambiente.

La etiqueta-certificación ambiental en el ordenamiento jurídico cubano es un acto administrativo interno, su potestad recae en el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, organismo de la Administración Pública quien al amparo de la potestad inspectora hace la entrega a las formas de gestión estatal del país consideradas como sujetos estratégicos para el desarrollo del comercio internacional a través de este reconocimiento ambiental. Su naturaleza jurídica es reglada, sustentada en la Resolución No. 135 de 2004, y en las normas técnicas ISO (tipo I).

En Cuba el empresario estatal no tiene una cultura adecuada, donde pondere el uso de la etiqueta-certificación ambiental dentro de las formas de gestión que dirige, que les permita con ella el acceso a mercados más exigentes. Es un elemento a criterio de los articulistas que incide de forma desfavorable ante la obsolescencia y heterogeneidad de la empresa estatal con más de 60 años de explotación para poder insertarse como una empresa competitiva, no generadora de impactos negativos al ambiente. En este binomio el consumidor, no goza de una cultura adecuada en relación al uso de los productos con la etiqueta ambiental al momento de adquirirlos, como parte de los derechos del consumidor establecidos en el texto constitucional de 2019, potenciada con la implementación de los códigos de barra y QR en el comercio electrónico, como parte de la cultura.

La Administración Pública cubana continúa ponderando la calidad y no la certificación ambiental en las empresas del sector estatal, lo que a criterio de los autores del artículo impide conformar la empresa amigable con el ambiente dentro de las formas de gestión, en contradicción con lo que se reconoce por la doctrina y la legislación foránea respecto a la

etiqueta-certificación ambiental, elementos que inciden en la eficiencia empresarial. A pesar de contar la Ley No. 81 de 1997 más de 20 años de su vigencia en el ordenamiento jurídico.

La Empresa de Productos Lácteos GRANLAC pondera el registro oficial de las marcas y patentes de los productos que produce y comercializa a tenor de las regulaciones establecidas en el ordenamiento jurídico en materia de Derecho de la Propiedad Industrial; pero aún se adolece de conocimientos básicos sobre el uso de la ecoetiqueta en los productos a comercializar, ante la limitante de estar establecida su uso en una norma técnica ISO y no en una norma legal de etiquetado que disponga su uso obligatorio, que además la pondere como un valor añadido al producto al otorgarle competitividad en los mercados y ferias comerciales en que se promocióne, concomitante con los derechos del consumidor desde una dimensión cultural.

## REFERENCIAS

ALENZA GARCÍA, J. Potestad de inspección, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, España, 2004.

ALEXANDRA OTANGA, G. *El alcance del principio de precaución en la Organización Mundial del Comercio*, España: Dikynson, 2008.

ÁLVAREZ HINCAPIÉ, C. *Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial* en, *Revista P+L*, Colombia, 2008.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. Tesis doctoral: *La auditoría ambiental, ordenación jurídica en el Derecho Ambiental para el sector estatal cubano*. Universidad de Oriente. Cuba, 2017.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; GORGOSO VÁZQUEZ, A.. La formación jurídica ambiental. *Revista Murmullos Filosóficos*. México, 2019.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; RAMÍREZ SÁNCHEZ, A. La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano, *Revista Dos Tribunais*, Thomsonreuters N° 967, Brasil, 2016.

AUDIVERT ARAU, R. *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, España: CEDECS, 2001.

BARAHONA NIETO, E. *El principio de precaución, principio orientativo de las decisiones de las administraciones públicas. Principio de Precaución Biotecnología y Derecho*, España: Comares, 2004.

BAUGHN, C. Influencias socio-políticas y económicas en la responsabilidad medio ambiental corporativa en Europa, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa* No 1, Madrid, 2009.

BELLORIO CLABOT, D. *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Argentina: Astrea, 2004.

BERMEJO VERA, J. La Administración Inspector, *Revista de Administración Pública* N° 147, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*, España: La Ley, 2001.

CAFERRATA, N. *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA, 2013.

CALOMARDE, J. *Marketing ecológico*, España: Pirámide, 2000.

CUTINI, Á. El derecho de información del consumidor ecologista. Etiquetas ecológicas y procedimiento EMAS III, *Revista de Derecho de la Unión Europea* N° 26, España, 2014.

DE BESA ANTUNES, P. *Direito Ambiental*, Brasil: Lumen Juris, 2010.

- DIEZ SÁNCHEZ, J. *Función inspectora*, 1<sup>era</sup> edición, España: Instituto de Administración Pública, 2013.
- DOPAZO FRAGIO, P. *El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental*, España: Exlibris, 2001.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. *El Principio de Precaución en Materia Ambiental - Nuevas Tendencias*, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.
- DRUMWRIGHT, M. E. Socially Responsible Organizational Buying: Environmental Concern as a Non-economic Buying Criterion. *Journal of Marketing*, 58, 1994, p.1-19.
- FERNÁNDEZ INFANTE, R. *El etiquetado ecológico, retos y perspectivas*, Oficina Nacional de Normalización CITMA. La Habana, 1994.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El sistema comunitario de etiquetado ecológico*, España: Universidad de Cádiz, 2013.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. La inspección ambiental, *Revista Medio Ambiente y Administración Local*, España, 2012.
- FERNÁNDEZ-COMPANIONI, A.. La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad, *Anuario de la Facultad de ciencias económicas y empresariales*, volumen IV, Universidad de Oriente, 2012.
- GARCÍA MARCOS, J. La inspección ambiental y el derecho comunitario europeo, *Revista Ambiente & Derecho* N° 26, España, 2014.
- GARCÍA URETA, A. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, España: Marcial Pons, 2006.
- GÓMEZ OREA, D. *Gestión ambiental en la empresa*, Cátedra de Medio Ambiente y Ordenación Territorial, Universidad Politécnica de Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, C. Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional, *Revista Economía* N° 36, México, 2011.
- GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, 8<sup>va</sup> edición, Argentina: Macchi, 2008.
- JAQUENOD DE ZSOGON, S. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 3<sup>era</sup> edición, España: Dykinson, 1991.
- JORDANO FRAGA, J. *Derecho Ambiental*, Revista Medio Ambiente, España. Verdes Cabarcos, 2009.
- LEFF, E. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo*, Red de Formación Ambiental, Serie Foros y Debates Ambientales N° 1, PNUMA, 2001.
- LORENZETTI, R. *Teoría del Derecho Ambiental*, 1<sup>era</sup> edición, México: Porrúa, 2008.
- LOZANO CUTANDA, B. El futuro de la flor europea: la nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea, *Revista Catalana de Dret Ambiental* N° 1, España, 2010.
- LOZANO CUTANDA, B. *Tratado de Derecho Ambiental*, España: CEF, 2015.
- MARTÍN MATEO, R. *Derecho Administrativo Ambiental*, 6<sup>ta</sup> edición, España: Trivium, 1997.
- MARTÍN MATEO, R. *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*, España: Trivium, 1994.
- MARTIN MATEO, R. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, España: Trivium, 1994.

MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, España: Trivium, 1991.

MIRANDA HERNÁNDEZ, G.. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. *Revista Cuadernos de Inspección del Territorio*, 2012.

MORA RUÍZ, M. La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, *Revista Catalana de Derecho Ambiental* N° 4, España, 2012.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, *Revista Indret*, España, 2000.

ORTEGA ALVAREZ, L. *El control jurídico del medio ambiente a través del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios*, Universidad de Toledo, España, 2013.

PAREJO ALFONSO, L. *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España, 2013.

PEÑA CHACÓN, M. *El régimen económico y jurídico de los servicios ambientales*, *Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho* N° 10, España, 2004.

PÉREZ MORENO, Á. *Instrumentos de la tutela ambiental*, Universidad de Sevilla, España, 2011.

REBOLLO PUIG, M. *La actividad inspectora*, España: lustel, 2011.

SANZ LARRUGA, F. *Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible*, VI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, España, 2011.

SANZ LARRUGA, F.. *El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el Derecho Ambiental*, España: Instituto de Estudios de la Administración Local, 2009.

SANZ RUBIALES, I. *El mercado de derechos a contaminar*, 1ª edición, España: Lex Nova, 2007.

SANZ RUBIALES, I. *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*, España: Marcial Pons, 2000.

TERRY BERRO, C.. Reconocimiento Ambiental Nacional. Cinco años de experiencia, *Revista electrónica de la Agencia del Medio Ambiente* N° 9, La Habana, 2005.

TRIANA CORDOVÍ, J.. La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas. Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo? *Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFÍN* Habana, 2013.

---

**Recibido em:** 05.08.2021

**Aprovado em:** 30.08.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VAZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso; ALARCÓN, Juana Lorente; ESPINOSA, Elena López. La etiqueta ambiental: su aplicación en la empresa de productos lácteos de Granma. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.14-41, maio/ago. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/11/DIR44-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS NA ESFERA PENAL COMO POLÍTICA DE EFICIÊNCIA E DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

## THE CONCLUSION OF AGREEMENTS IN THE CRIMINAL SPHERE AS A POLICY OF EFFICIENCY AND CONFLICT RESOLUTION

Vladimir Passos de Freitas<sup>1</sup>  
Cicero Guilherme Roveda Pereira<sup>2</sup>  
Ronaldo Rodrigues de Oliveira Bortoletto<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda os aspectos legais e gerais dos acordos penais previstos na legislação brasileira, a partir da definição de políticas públicas destinadas a alcançar maior eficiência do sistema de Justiça e de solução de conflitos. Na pesquisa são expostas as formas de conciliações existentes na esfera criminal, com ênfase no acordo de não persecução penal e no chamado *plea bargain*, procurando traçar uma linha comparativa entre as conciliações no direito comparado de cultura romano-germânica e no sistema anglo-saxão, levando em conta as peculiaridades de cada sistema. A investigação científica analisa, da mesma forma, os reflexos sobre a efetividade do processo penal com o afastamento da obrigatoriedade da ação penal pública e os efeitos sobre o sistema de Justiça e o presidiário. O método de raciocínio será o dedutivo, através de consulta às normas que regem a matéria, às revistas especializadas, doutrina, jurisprudência e sites especializados em temas jurídicos.

**Palavras-chave:** acordo no processo penal; morosidade; *plea bargain*; processual penal; solução de conflitos.

**ABSTRACT:** This article addresses the legal and general aspects of criminal agreements provided by Brazilian law, based on the definition of public policies aimed at greater efficiency in the justice system and conflict resolution. The research exposes the forms of conciliation existing in the criminal sphere, with an emphasis on the non-criminal prosecution agreement and the so-called *plea bargain*, seeking to draw a comparative line between conciliations in the Comparative Law of Roman-German culture and the Anglo system, taking into account the peculiarities of each system. The scientific investigation analyzes also the reflexes on the effectiveness of the criminal process with the removal of the mandatory criminal action and the effects on the Justice system and the prisoner. The reasoning method will be deductive, through consultation with the rules that govern the matter, specialized magazines, doctrine, jurisprudence and websites specialized in legal topics.

**Keywords:** agreement in criminal procedure; delay; plea bargain; criminal procedure; conflict resolution;

---

1 Pós-doutor pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Desembargador Federal aposentado. Ex-presidente do Tribunal Regional Federal da 4. Região.

2 Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

3 Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

A tradição do processo penal brasileiro é a da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que impede o representante do Ministério Público de dispor dela a qualquer título. Todavia, a antiga e consolidada posição doutrinária cedeu espaço à realidade social brasileira, onde o crescimento populacional, a migração campo-cidade e o aumento dos índices de criminalidade fez com que novos caminhos processuais fossem adotados.

Em que pese a conservadora posição brasileira neste particular, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, ao tratar dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, promoveu a primeira abertura no princípio da obrigatoriedade consagrado na tradição do nosso processo penal.

A iniciativa foi tímida, porque, se assim não fosse, não seria acatada pelo Parlamento. Ainda assim, foi e continua sendo de grande utilidade para o sistema de Segurança Pública, porque dispensou a autoridade policial de instaurar burocráticos inquéritos policiais para apurar infrações de menor potencial ofensivo, punidas com pena máxima de 2 (dois) anos de detenção, as quais ficaram reduzidas a uma mera comunicação da Polícia ao Juizado Especial. Por outro lado, possibilitou aos delegados de Polícia contarem com mais tempo para a análise de crimes mais complexos.

No âmbito do Poder Judiciário, a referida lei inovou ao permitir que o denunciado, em casos de pena máxima de 1 (um) ano de reclusão, possa firmar com o Ministério Público proposta de suspensão do processo. Esta abertura permitiu que casos de gravidade menor e cometidos sem violência possam encerrar-se ao início, mediante termo de acordo nos autos, devidamente homologado pelo magistrado. Por vezes, com o explícito intuito de reparar o dano, como sucede nos crimes contra o meio ambiente, previstos na Lei 9.605, de 1998.

As iniciativas previstas na Lei 9.099, de 1995, admitindo a transação no Juizado Especial Criminal (art. 76) e a suspensão do processo na Vara Criminal (art. 89), deram enorme colaboração para a efetividade da Justiça. Tanto isto é verdade, que nos vinte e quatro anos de sua vigência nenhuma voz se levantou para propor a volta ao sistema anterior, algo realmente fora de cogitação.

No entanto, este avanço é insuficiente para a atualidade. Entre 1995 e 2019, a realidade mudou. O Brasil passou a contar com organizações criminosas de elevada eficiência e periculosidade e os índices de corrupção aumentaram em 2018, caindo o Brasil mais nove lugares no ranking do índice de percepção de corrupção, ocupando a 105<sup>a</sup> colocação entre os 180 países avaliados, o pior resultado desde 2012<sup>4</sup>.

Por tais motivos, foram propostos no Congresso Nacional dois Projetos de Lei que, entre outras coisas, alargaram a possibilidade de celebração de acordos nas ações penais. O primeiro deles, de nº 10.032, de 2018, e o segundo de nº 882, de 2019. Face às múltiplas semelhanças entre ambos, na Câmara dos Deputados foram eles apensados e, juntos, passaram a ser discutidos<sup>5</sup>.

As propostas de acordos encontravam-se na mudança de dois artigos do Código de Processo Penal, aos quais dava-se nova redação. A primeira, incluindo o artigo 28-A, que permite acordo de não persecução penal nos casos punidos com pena máxima de 4 (quatro)

---

4 TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice da percepção da corrupção 2018. Disponível em: <<https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

5 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PI 882/2019, Projeto de Lei*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

anos de reclusão, foi aprovada. A segunda, que criava o artigo 395-A, através do qual, uma vez proposta a ação penal, abria-se ainda nova possibilidade de acordo para extingui-la.

Estas são as inovações que serão analisadas neste artigo, especialmente a primeira por ter se tornado lei (artigo 28-A do Código de Processo Penal). A motivação para o estudo adveio da relevância do tema frente aos problemas públicos atualmente enfrentados e também porque a discussão ultrapassa os limites da aprovação ou não dos Projetos de Lei mencionados, visto que o tema é de interesse permanente.

No entanto, como segurança pública é tema que extrapola da simples alteração das leis processuais penais, por mais que sejam elas importantes, inclui-se na análise do tema considerações sobre problemas públicos e as consequentes políticas públicas, vez que estas, deles, são dependentes.

## 2 PROBLEMA PÚBLICO

Problema público não é tema corrente em artigos jurídicos. Mais afeto à sociologia, ele é o antecedente necessário ao estudo das políticas públicas. De acordo com Secchi<sup>6</sup>, o problema público é a diferença entre a situação atual e uma situação ideal possível para a realidade pública.

Para o sociólogo americano Joseph Gusfield, *apud* Lança<sup>7</sup>, para um problema assumir a condição de público são necessários três elementos: “1. que o problema seja tematizado como problemático para a sociedade; 2. que seja assunto de controvérsia; 3. que seja tomado em mão por uma instância publicamente reconhecida como sendo capaz de o resolver”.

No Brasil, diversos problemas públicos demandam políticas públicas. Por exemplo, a violência contra a mulher, a exclusão social, a disparidade de renda, a falta de moradias, a poluição e diminuição dos recursos hídricos e a reduzida efetividade do sistema de Justiça e Segurança Pública.

Para ser considerado público, o problema deve ter implicações na coletividade, isto é, para uma quantidade considerável de pessoas. Assim, um problema só será público se os atores políticos, intersubjetivamente, assim o definirem<sup>8</sup>. Dessa forma, afere-se que o problema público é a distância entre o *status quo* e a situação ideal possível para uma determinada realidade.

O problema público está para a doença, assim como a política pública está para o tratamento. Ao aplicar essa metáfora, percebe-se que a doença (problema público) precisa ser diagnosticada, pois somente assim poderá ser dada uma prescrição médica de tratamento (política pública) que, nesse caso, pode ser um remédio, uma dieta, exercícios físicos, cirurgia, tratamento psicológico, os quais, comparativamente, são os instrumentos de política pública<sup>9</sup>.

## 3 POLÍTICAS PÚBLICAS

A política, em si, é a arte de tornar real o que é possível<sup>10</sup>. Quando se relaciona com o estudo das políticas públicas, é justamente a atividade que busca, pela concentração

---

6 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 14.

7 LANÇA, Isabel Babo. A construção dos problemas públicos. Elementos para uma análise do caso Timor. In: *Antropológicas*, nº 4. Porto, Portugal: Universidade Fernando Pessoa, 2000, p. 116.

8 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 14.

9 SECCHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2016. Recurso online, p. 30.

10 QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012. Recurso online, p.96.

institucional do poder, sanar os conflitos e estabilizar a sociedade pela ação da autoridade. Assim, verifica-se que política é o processo de construção de uma ordem, que permita a pacífica convivência entre pessoas diferentes, com interesses particulares, que buscam a felicidade para si, condição que lhes é assegurada, ou pelo menos deveria ser, pela ação política do Estado<sup>11</sup>.

A política se mostra dessa forma quando associada à ação do governo, como a atividade por meio da qual são atendidos diferentes interesses, dentro de uma participação no poder proporcional à sua importância para o bem-estar e a sobrevivência de toda a comunidade. Política, nesse sentido, deve ser entendida como uma forma de governar sociedades divididas, sem o uso indevido da violência. Os pontos de vista divergentes e os vários interesses diferentes são levados de uma forma ética a conciliarem-se, o que evita o uso da coerção.<sup>12</sup> Em outras palavras, ela é a possibilidade de se resolverem conflitos de maneira pacífica.<sup>13</sup>

A política, assim, inclui diferentes significados, mas todos de algum modo relacionados com posse, manutenção ou distribuição do poder. A maior parte dos cientistas sociais compartilha a ideia de que poder é a capacidade de afetar o comportamento dos outros. O poder pode ser considerado um meio, que o grupo ou indivíduo tem, de fazer com que as coisas sejam realizadas por outros indivíduos ou grupos. Nesse sentido, o poder é um elemento básico na implementação das políticas.<sup>14</sup>

As políticas públicas constituem um elemento comum da política e das decisões do governo e da oposição. Desse modo, a política pode ser conceituada como a busca pelo estabelecimento de políticas públicas sobre determinados temas ou, até mesmo, como forma de influenciá-las. Por sua vez, é parte fundamental das atividades do governo o que se refere ao projeto, gestão e avaliação das políticas públicas. Como decorrência, o objetivo dos políticos, sejam quais forem seus interesses, consiste em chegar a estabelecer políticas públicas de sua preferência, ou bloquear aquelas que lhes sejam inconvenientes.<sup>15</sup>

A expressão política pública é usada para se referir a um processo de tomada de decisões. Envolve conteúdos (objetivos expressos), instrumentos (meios para se alcançar os objetivos) e aspectos institucionais (procedimentos adotados, modificações).

Pode-se afirmar que é uma decisão ou um grupo de decisões, implícitas ou explícitas, que visa estabelecer diretrizes para a ação presente, para orientar decisões futuras ou para iniciar ou retardar uma ação. Outra forma de conceitua-la é como um processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos da sociedade geridos pelo governo.<sup>16</sup>

Dois elementos são fundamentais para o entendimento do que é política pública: intencionalidade pública e resposta a um problema público. Percebe-se que a razão para a criação de uma política pública é a tentativa de resolução de um problema que seja coletivamente relevante. Definir política pública é difícil e qualquer conceituação corre o risco de ser arbitrária, sendo certo que não há um consenso quanto à definição<sup>17</sup>.

Nem mesmo nas ciências políticas há uma definição única de políticas públicas, sendo que o único consenso existente é o de que elas resultam de decisões governamentais e se

---

11 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 3.

12 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 3.

13 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 3.

14 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 4.

15 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 4.

16 QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012. Recurso online, p. 96.

17 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 2.

referem a ações de governo<sup>18</sup>.

É possível destacar três definições utilizadas com maior abrangência pelos estudiosos no assunto: a primeira delas é de Thomas Dye, de acordo com quem será política pública tudo aquilo que o governo decida fazer ou não fazer. Verifica-se que é uma definição bastante genérica e abrangente, pois incluirá no conceito todas as atividades realizadas pelo governo. Não se preocupa em diferenciar as atividades governamentais, embora se saiba que possuem notória especialização e diferenciação. Ainda, essa definição reduz o fenômeno das políticas públicas ao aspecto decisório, sem considerar os demais aspectos ligados a ela, como a implementação e avaliação das práticas adotadas<sup>19</sup>. Justifica-se sua escolha conceitual (ótica do agente) a partir daquilo que entende como caráter oficial das decisões governamentais, as quais trazem consigo a capacidade de sanção contra qualquer possibilidade de transgressão<sup>20</sup>.

Para William Jenkins, estudioso da *policy science*, política pública é um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um indivíduo ou um grupo de atores políticos, que abrangem as escolhas de objetivos e os meios de alcançá-los em uma situação específica. Afere-se que esse conceito é mais completo que aquele fornecido por Thomas Dye, pois já envolve mais considerações. Primeiramente, nesse segundo conceito políticas públicas não se referem a atos isolados, mas que se apresentam como processo, o qual pode demandar uma série de atos, desde a escolha dos objetivos até a forma de alcançá-los. Também, destaca-se que as decisões podem ser oriundas de um ou mais atores políticos. Isso retrata mais fielmente a realidade das sociedades modernas. Constata-se que o autor da segunda definição considera essencial que sejam consideradas as limitações ao poder de ação dos governantes<sup>21</sup>.

Ainda, pode-se citar um último conceito trazido pelo autor James Anderson. Segundo ele, caracterizam-se por um curso de ação intencional construído por um ator ou um conjunto de atores, para lidar com um problema ou um motivo de preocupação. A novidade na definição de Anderson, em comparação com as anteriores, consiste na percepção de que as políticas públicas são deflagradas em razão de problemas sociais<sup>22</sup>.

### 3.1 Espécies de políticas públicas

Leonardo Secchi<sup>23</sup> leciona sobre algumas das tipologias de políticas públicas existentes. Theodore J. Lowi formulou, inicialmente em 1964, uma tipologia baseada no critério de impacto esperado na sociedade, dividindo-as em quatro grupos.

Políticas regulatórias são aquelas que estabelecem padrões de comportamento, serviço ou produto para atores públicos e privados. Exemplos desse tipo de políticas são as normas para a segurança alimentar, operação de mercado financeiro, regras de tráfego aéreo, códigos de trânsito, leis e códigos de ética em assuntos como aborto e eutanásia ou, ainda, proibição de fumo em locais fechados e regras para publicidade de certos produtos.

Políticas distributivas são aquelas que geram benefícios concentrados para alguns grupos de atores e custos difusos para toda a coletividade/contribuintes. Exemplos desse tipo de política pública são subsídios, gratuidade de taxas para certos usuários de serviços

---

18 FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Recurso online, p. 33.

19 FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Recurso online, p. 46.

20 MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Recurso online, p. 15.

21 FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Recurso online, p. 46.

22 FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Recurso online, p. 47.

23 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 30.

públicos, incentivos ou renúncias fiscais. Esse tipo de política se desenvolve de forma menos conflituosa, pois considera-se que quem paga o preço é a coletividade. A grande dificuldade no desenho de políticas distributivas é a delimitação do grupo beneficiário. De acordo com Lowi, esse tipo de política se desenvolve em arenas onde predomina a troca de apoios e favorecimentos de forma pragmática. As emendas parlamentares ao orçamento da União para a realização de obras públicas regionalizadas são típicos exemplos de políticas distributivas, em que congressistas e grupos políticos condicionam apoios a certas emendas orçamentárias caso recebam em troca apoio nas suas emendas.<sup>24</sup>

Políticas redistributivas se materializam na forma de benefícios concentrados em algumas categorias de atores e implicam custos concentrados sobre outras categorias de atores. É um tipo de política que provoca muitos conflitos, pois representa um jogo de soma zero. Exemplos clássicos são cotas raciais para universidades, políticas de benefícios sociais ao trabalhador e os programas de reforma agrária.

Políticas constitutivas são aquelas que definem as competências, jurisdições, regras da disputa política e da elaboração de políticas públicas. São chamadas meta-políticas, porque se encontram acima dos outros tipos e comumente moldam a dinâmica política nessas outras arenas. Exemplos são as regras do sistema político-eleitoral, a distribuição de competências entre poderes e esferas, regras das relações intergovernamentais, regras da participação da sociedade civil em decisões públicas. Políticas constitutivas provocam conflitos entre os entes e os atores diretamente interessados, pois têm a capacidade de alterar o equilíbrio de poder existente. Os eleitores, os usuários das políticas públicas e o cidadão comum raramente se interessam por esse tipo de política, já que não tratam de prestação de serviços ou de ações concretas de governo.<sup>25</sup>

### 3.2 Ciclo das políticas públicas

De acordo com Leonardo Secchi,<sup>26</sup> o ciclo de políticas públicas pode ser restringido a sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção.

A primeira fase consiste na identificação do problema. Entende-se aqui, problema, como a diferença entre a situação atual e uma situação ideal possível. Um problema público é a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública. Pode aparecer subitamente, por exemplo, uma catástrofe natural que afete a vida de pessoas de determinada região ou, ainda, pode ganhar importância aos poucos, como o congestionamento nas cidades ou a progressiva burocratização de procedimentos e serviços públicos. Um problema público pode estar presente por muito tempo, porém não receber suficiente atenção, porque a coletividade aprendeu a conviver com ele, como o caso da favelização das periferias das grandes cidades.

Um problema nem sempre é reflexo da deterioração de uma situação de determinado contexto, mas pode ser, também, da melhora da situação em outro contexto. Por exemplo, a falta de acesso pavimentado de um pequeno município à malha viária estadual passa a ser percebida como um problema relevante a partir do momento em que o município vizinho é contemplado com esse tipo de obra.

O segundo passo é a formação da agenda, que é um conjunto de problemas ou

---

24 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 32.

25 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 32.

26 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 56.

temas entendidos como relevantes. Pode ser um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário ou, ainda, uma simples lista de assuntos que o comitê editorial de um jornal entende como importantes.<sup>27</sup>

Em seguida, vem a fase de formulação de alternativas de solução, a qual se desenvolve por meio de caminhos formais, sempre considerando os potenciais custos e benefícios de cada alternativa disponível. O estabelecimento de objetivos é o momento em que os agentes políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo, resumem o que esperam que sejam os resultados da política pública. Quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a eficácia da política pública. No entanto, é sabido que em muitas ocasiões o estabelecimento de metas é tecnicamente dificultoso ou politicamente indesejável<sup>28</sup>.

Após serem formuladas as alternativas, é necessário realizar a tomada de decisão, que representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções de solução de um problema público são explicitadas. Assim, após já ter escolhido quais serão as melhores formas de enfrentamento de um problema público, chega a fase de implementação e, por último, quando encerrado o ciclo, a extinção.

#### **4 ACORDOS PELA PRÁTICA DE CRIMES COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

As políticas públicas têm como objetivo resolver um problema que afeta a coletividade. A segurança pública tem sido um dos temas que mais preocupam os brasileiros, pois, nas últimas décadas, o aumento dos índices de violência tem criado problemas de ordens diversas. Da mesma forma o sistema de Justiça, principalmente pela demora na definição dos conflitos e pela insegurança jurídica, fatores que levam ao descrédito o Poder Judiciário e, no âmbito econômico, afastam os investidores do Brasil.

Os projetos de lei 10.372, de 2018, e 882, de 2019, buscaram introduzir políticas públicas voltadas para a segurança pública, com o objetivo de combater a corrupção, o crime organizado e trazer a possibilidade de aplicação do instituto do acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico brasileiro. Deles resultou a Lei 13.964, de 20 de dezembro de 2019, cujo resultado ficou muito aquém do almejado nos Projetos de Lei, como adiante se verá.

Entre os objetivos pretendidos com a reforma do processo penal encontra-se o alargamento da possibilidade de implementação dos acordos, que permitem: a) encontrar meios de apaziguar mais rapidamente o meio social; b) alcançar o rápido ressarcimento do devido à vítima; c) diminuir os custos dos processos; d) agilizar a tramitação das ações penais nos casos de maior gravidade; e) fortalecer a ação dos órgãos de segurança, através dos resultados em prazo razoável; f) diminuir a população carcerária.

##### **4.1 Acordos de não persecução no direito comparado**

Não podemos olvidar que vivemos em um mundo imediatista, em que o tempo passa por um processo de crescente velocidade. Bom exemplo disto são as comunicações, onde as cartas epistolares foram substituídas por mensagens eletrônicas. A eficácia do processo tende a ser uma ideia preponderante em todos os sistemas judiciais a nível mundial, tendo o Estado a incumbência de atender às expectativas da sociedade. O problema de adequar o estilo de vida atual à distribuição de Justiça não é uma preocupação exclusiva do sistema

---

27 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 58.

28 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017, p. 61.

brasileiro. Na verdade, a maioria dos países busca soluções adequadas a sua realidade.

Com o aumento da criminalidade, vários países optaram pela implementação dos mecanismos da justiça consensual. A composição no processo penal, onde as partes decidem o rumo da lide, primeiramente introduzida nos sistemas de *common law* com grande aceitação, embora não imune a críticas, passou a ser também adotada nos sistemas da *civil law* e a ser seguida por vários países de cultura jurídica romano-germânica.

De maneira geral, nos países de cultura jurídica romano-germânica o princípio da legalidade tradicionalmente é o da obrigatoriedade da ação penal pública, com leis gerais e abstratas e a adequação do caso concreto. De outra forma, no sistema anglo-saxão, onde impera a oportunidade no processo penal, o entendimento judicial se dá por precedentes.

Na Alemanha, o Código de Processo sofreu alteração através da Lei nº 4, de agosto de 2009, que instituiu o acordo sobre a sentença em processo penal, chamado de *Urteilsbsprachen*. Porém, este hábito já era corrente antes de haver disposição legal, praticado dentro de uma lacuna legislativa. A jurisprudência alemã aceitava tal prática, vez que ela se revelava uma solução com bons resultados para o sistema judiciário alemão.

Em síntese, há uma confissão de culpa, onde a pena é balizada entre um nível inferior e outro superior, e o juiz não pode alterar ou ultrapassar estes níveis, bem como o Tribunal deve se convencer da liberdade e verdade da confissão, pelos princípios da verdade material e da investigação, adquirindo o juiz um papel de gestor da negociação.

O sistema italiano adaptou-se aos novos tempos com o Código de Processo Penal de 1988, passando do sistema inquisitório para um sistema acusatório, com a possibilidade de mecanismos de justiça consensual e de não penalização, pelo chamado *patteggiamento sulla pena* e do *giudizio abbreviato*. Neste modelo, o chamado *patteggiamento* não gera uma confissão dos fatos imputados, mas sim a renúncia de não contestar, sendo que é lícito às partes solicitar uma sanção substitutiva, fruto de negociação entre o acusado e o Ministério Público, conforme previsto no artigo 444-1 do Código de Processo Penal Italiano.<sup>29</sup> Os acordos não são ilimitados, existem balizas materiais, não podendo ser utilizados para qualquer crime. Ainda que não se tenha o julgamento, pode o Tribunal rejeitar o acordo proposto, pois verifica se o acusado cometeu os fatos imputados, se houve também uma correta qualificação jurídica e se a pena proposta é adequada. Ainda, no procedimento italiano tem-se a figura do *giudizio abbreviato*, que tem o condão de evitar o julgamento, mas o acordo é sobre o procedimento a ser adotado, que gera redução na pena e pode ser aplicado a qualquer crime.

O modelo adotado pela França foi consagrado pela Lei nº 98.515, de 1999, que alterou o Código de Processo Penal, permitindo a chamada *composition pénale*. No artigo 41-2 do referido estatuto<sup>30</sup> está prevista a possibilidade de o Ministério Público, ou pessoa autorizada, promover um acordo criminal com o acusado que reconheça ter cometido uma ou mais infrações, puníveis com pena de multa ou de prisão de até cinco anos, sendo que alguns crimes foram excluídos pelo legislador. Além da composição penal, com o advento da Lei 2004-204, de 2004, foi introduzido o reconhecimento de culpa, chamado de *reconnaissance préalable de culpabilité*, ambos institutos semelhantes, apenas com diferença na abrangência

29 Código de Processo Penal Italiano “Art. 444-1 L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria”.

30 Código de Processo Penal Francês: “Article 41-2 – Le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes”.

dos acordos. No modelo francês, a participação da vítima é permitida, até mesmo para possibilitar uma composição e evitar uma demanda cível posterior.

Os Estados Unidos da América são o país que mais aplica os acordos de não persecução penal, por meio do instituto do *plea bargaining*, que é um processo de negociação entre o réu e o acusador, onde se aceita a imputação daquela conduta em troca de concessões, basicamente através da redução do número de acusações e da pena aplicada. Nos Estados Unidos tal instituto é muito forte, não só pelas necessidades comuns a todos os países, como também pelo espírito pragmático de seu povo. Desde a década de 1960 o instituto dos acordos penais é utilizado no sistema norte-americano e o promotor tem um papel de grande autonomia no desempenho de tais funções.<sup>31</sup>

Registre-se, contudo, que naquele país a pesquisa é mais complexa, porque cada estado membro tem suas próprias leis processuais penais, o que não ocorre no Brasil. Em casos de jurisdição estadual, nem todos os estados permitem a participação do juiz no *plea bargaining*.<sup>32</sup> Muitos não autorizam a participação dos magistrados por proibição no estatuto ou regras processuais,<sup>33</sup> outros são proibidos ou desencorajados pela jurisprudência,<sup>34</sup> alguns são neutros na participação dos magistrados,<sup>35</sup> e existem vários onde a presença dos magistrados é expressamente permitida por lei e inclusive encorajada pelas cortes.<sup>36</sup> Portanto, não há uma regra geral única para a participação do magistrado no acordo.

De modo geral, há uma fase inicial, onde se verifica a justa causa e, submetida à apreciação de um magistrado, posteriormente o acusado vai a uma audiência, denominada a sua primeira aparição, na qual terá ciência da acusação e dos seus direitos, bem como a possibilidade de liberdade mediante fiança. Em um segundo momento há o chamado indiciamento, através de um Grande Júri, onde são fixados os pontos da acusação que serão levados a julgamento, bem como as provas que se pretende produzir.<sup>37</sup>

O ponto central da negociação é a não submissão da lide para julgamento, resolvendo a demanda de forma imediata e definitiva. Superada a etapa inicial do processo, será a lide submetida a julgamento. Neste momento, há a possibilidade de uma negociação entre as partes, o chamado *plea bargaining*, que pode resultar em uma confissão de culpa, *guilty plea*, ou apenas aceitação da acusação sem contestar, chamada de *nolo contendere*.

A confissão da culpa, seja pelo *guilty plea* ou *nolo contendere*, é levada a audiência com o magistrado togado ou a um júri. Nesta audiência homologatória, o magistrado adverte o réu sobre seu direito do curso normal do processo, como o direito a defesa, produção de provas e julgamento, e esclarece as consequências sobre a aceitação do acordo. Importante salientar que o magistrado avalia a voluntariedade do réu, bem como a ausência de coerção e a plena consciência, para então aceitar e homologar a confissão.

Uma das características do modelo processual penal americano é admitir os acordos,

31 SEDGWICK, L. J. et al. The Prevalence of Guilty Pleas. Special Report of U.S. Department of Justice. December, 1984. Washington, D.C. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pgp.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

32 BATRA, Rishi Raj. Judicial Participation in Plea Bargaining: A Dispute Resolution Perspective. *Ohio State Law Journal*, vol. 76, nº 3. Ohio, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2619433>. Acesso em: 12 jul. 2019.

33 Colorado, North Dakota, South Dakota, West Virginia, Arkansas, Tennessee, Pennsylvania, Utah, District of Columbia, Georgia, Mississippi, New Mexico, Virginia, Washington,

34 Alaska, Kansas, Texas, Wisconsin, Nevada, Illinois, Maryland, Missouri, Maine, Hawaii, New Jersey, Louisiana, Michigan, California, South Carolina, Nebraska, Ohio.

35 Connecticut, Florida, Indiana, Oklahoma, Alabama, Delaware, Iowa, Kentucky, New Hampshire, Rhode Island, Wyoming.

36 New York, Arizona, Idaho, North Carolina, Massachusetts, Oregon, Minnesota, Montana, Vermont.

37 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 10 jul. 2019.

pelo fato de corresponder a um modelo acusatório puro. Ao Ministério Público americano é dada esta possibilidade, pelo elevado grau de discricionariedade característico deste órgão. Nos Estados Unidos da América, o destino da acusação e da defesa está nas mãos das partes.<sup>38</sup>

Embora amplamente utilizado nos Estados Unidos da América e com dados quantitativos que representam eficiência, o sistema enfrenta críticas, como pressionar um inocente a confessar uma culpa para evitar ser condenado por uma acusação mais grave, pela disparidade de poder entre a acusação e a defesa, redução do efeito dissuasório da punição, a frustração da vítima que não participa do processo e o tratamento diferenciado entre os réus que podem suportar o ônus de um julgamento regular.<sup>39</sup> No entanto, não se cogita de alteração, pois as estatísticas apontam que entre 90% e 95% dos casos são resolvidos por meio dos acordos penais.<sup>40</sup>

#### **4.2 As propostas de acordo penal dos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, e nº 882, de 2019, e a redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal.**

Os projetos de lei sob análise tinham uma larga abrangência, propondo modificações na legislação penal e processual penal para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal, incluindo figuras até então inexistentes em nosso sistema judicial (v.g., o informante do bem) e dispendo em alguns aspectos das execuções das sentenças penais.

Questões ligadas às matérias de segurança pública foram trazidas nas propostas, evidenciando diversos problemas enfrentados com o intuito de ter-se maior eficiência na investigação criminal (v.g., ampliação da coleta de DNA de condenados), redução dos custos dos processos em Juízo, aproveitamento dos recursos humanos e da recuperação do transgressor.

A modernização do sistema se deu por questões de mudanças do perfil da sociedade. Vladimir Passos de Freitas analisa que o aumento da quantidade de processos nas Varas Criminais se dá devido ao “aumento da população, a migração campo cidade, com a formação de populosos núcleos urbanos, a flagrante queda do respeito à autoridade, problemas econômicos e sociais.”<sup>41</sup>

A demora do processo penal gera efeitos colaterais. Por um lado, existem os presos provisórios que somam, no Brasil, 40% (quarenta por cento) da população carcerária, equivalente a 288 mil presos. Por outro, a delonga acarreta a prescrição intercorrente, embora esta última tenha sido dificultada pela Lei nº 12.234, de 2010.

Cumprido, assim, analisar as propostas de acordos penais, um dos mais relevantes aspectos da almejada reforma. Como já foi dito, o Brasil, por longo tempo, adotou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, no qual o Ministério Público, ao tomar ciência de um fato típico e da sua autoria, estava obrigado a ofertar denúncia e acompanhar o processo até o julgamento, dele não podendo desistir mesmo que as provas fossem inexistentes. Como afirmava Edgar Magalhães Noronha, o Ministério Público “intenta-a e promove-a, mas não

38 RAPOZA, Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra. *Julgar* - Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.19. Coimbra, 2012, p.212.

39 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 10 jul. 2019.

40 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Bureau of Justice Assistance. *Research Summary: Plea and Charge Bargaining*. January 24, 2011. Disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

41 FREITAS, Vladimir Passos de. O acordo no processo criminal é um caminho sem volta. In: *Revista Consultor Jurídico*, 30 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-30/segunda-leitura-acordo-processo-criminal-caminho-volta>. Acesso em: 30 jun. 2019.

tem disponibilidade dela. Sua atuação é obrigatória”.<sup>42</sup>

A necessidade de transformação das regras de processo, com as adaptações necessárias às mudanças de comportamento e da realidade da sociedade, fez com que o princípio da obrigatoriedade fosse mitigado no ano de 1995. Com efeito, a Lei nº 9.099, mais conhecida como Lei dos Juizados Especiais, serviu para desafogar as demandas de baixa complexidade em matéria de Direito Civil e Penal. Na esfera criminal, os crimes de menor potencial ofensivo, com penas máximas de até 2 anos foram alcançados pela possibilidade de transação penal. Para os delitos com pena mínima de 1 (um) ano de prisão ou menos, possibilitou-se a suspensão do processo perante as Varas Criminais.

Naquela ocasião a justificativa foi a mesma, ou seja, a necessidade de desafogar a enorme quantidade de processos então em andamento nas Varas Judiciais. Este modelo deu bons resultados e está vigente, não se cogitando uma só vez, em 24 (vinte e quatro) anos de sua existência, da possibilidade de sua extinção.

As modificações trazidas pela Lei 13.964, de 2019, trouxe inovações no campo da conciliação na esfera penal. Mas, elas apenas ampliaram o que já existia. O objetivo era simples: abreviar o julgamento dos processos criminais, possibilitar a tramitação mais célere de casos de maior gravidade, gerar economia em razão da desnecessidade da realização de audiências e dar àqueles que incidentalmente incidiram em fato delituoso a possibilidade e segurança para planejar o seu futuro.<sup>43</sup>

Acatando o que previam os projetos de lei, a alteração consistiu em introduzir o artigo 28-A do Código de Processo Penal, permitindo que o Ministério Público propusesse a não persecução penal ao acusado, impondo condições como reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, renúncia voluntária de bens e direitos, como instrumentos, produtos ou proveitos do crime, prestação de serviços à comunidade em paralelo à pena do crime cometido, pagamento de prestação pecuniária e outras condições, como trazidas pelos artigos 318, 319 e 320 do mesmo Código.

No Projeto de Lei nº 882, de 2019, a previsão era de penas até 4 (quatro) anos, enquanto o Projeto de Lei nº 10.375, de 2018, ao final adotado, mencionava sanções com pena mínima inferior a 4 (quatro).

Registre-se que em ambas as propostas havia necessidade da chancela do juiz, portanto, mais parecidas com as dos países do sistema romano-germânico. Assim, o acordo entre o suposto transgressor e o Ministério Público passaria pelo crivo do juiz, de certa forma evitando alguns excessos que pudessem estar presentes no acordo de não persecução penal.

Outro ponto importante seria a verificação, pelo magistrado, se o acordo era legal, voluntário e adequado ao caso concreto. A voluntariedade da adesão ao acordo é vista nos sistemas de justiça consensual do direito comparado como um contrato onde a parte deve estar ciente dos seus direitos e das consequências da sua decisão. No mesmo sentido, o magistrado poderia considerar como insuficientes ou inadequadas as condições, hipótese em que não homologaria o acordo e devolveria os autos ao Ministério Público para reformulação, complementação das investigações ou da denúncia.

Afinal, o Congresso Nacional findou por aprovar a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, dando prevalência à posição adotada no Projeto de Lei nº 10.375, de 2018, enviado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Alexandre de Moraes.

---

42 MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 33.

43 FREITAS, Vladimir Passos de. O acordo no processo criminal é um caminho sem volta. In: *Revista Consultor Jurídico*, 30 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-30/segunda-leitura-acordo-processo-criminal-caminho-volta>. Acesso em: 30 jun. 2019.

## 5 AS FORMAS DE COMPOSIÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL

Na Justiça Criminal três vias distintas permitem acordo entre o Ministério Público e a vítima, nos crimes de ação penal privada, que são: transação, suspensão do processo e acordo de não persecução penal. O que as distingue é a gravidade do crime praticado e a pena que lhes corresponde.

Uma política pública com a finalidade de aprimorar as conciliações, nas suas variadas formas, deve passar por algumas providências. A primeira delas é capacitar os agentes do Ministério Público Federal e Estadual com técnicas de negociação, a fim de que não sejam condutores impositivos, mas sim hábeis conciliadores, o que facilita o resultado perseguido. Segunda medida é permitir que a conciliação alcance efeitos administrativos e civis, nos casos envolvendo interesses coletivos. Por exemplo, nenhum acusado confessará a prática de corrupção passiva, sabendo que poderá ser acionado por improbidade administrativa, com a prova inquestionável a seu desfavor. A terceira é ir além, estendendo a possibilidade de conciliação a todos os crimes. Assim era o Projeto de Lei 882, de 2019, com a proposta de inclusão do artigo 395-A.

Expostas as frentes que poderão ser adotadas para a melhora do sistema, vejamos quais são, atualmente, as formas e os requisitos para a celebração de composição existentes e as vantagens que estes acordos trazem ao sistema de Justiça.

### 5.1 A transação nos Juizados Especiais Criminais

A transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo foi introduzida no sistema jurídico brasileiro no ano de 1995, através da Lei 9.099, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Ela foi fruto de diversos encontros de magistrados, inconformados com o aumento do número de processos e o congestionamento das Varas Criminais. Mato Grosso do Sul foi pioneiro, editando uma lei estadual que previa a existência de Juizados Especiais Criminais, criando uma situação de fato que influenciaria o legislador federal. Alguns anos mais tarde a Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, possibilitando a aplicação da mesma regra a esta Justiça.

A justiça consensual dos Juizados Especiais Criminais se aproxima do modelo norte-americano do *plea bargain*, de tradição anglo-saxônica, e também das medidas despenalizadoras da legislação brasileira. Porém, deve-se considerar que há significativas diferenças entre eles. Primeiramente, no modelo norte-americano a negociação é admitida amplamente, não se restringindo à criminalidade de pequena ou média gravidade, além de a acusação ser irrestrita, pois vigora nos Estados Unidos da América o princípio da oportunidade. Já o modelo introduzido pela Lei dos Juizados Especiais adota mecanismos de acordo bem mais restritos, alcançando apenas os crimes de menor potencial ofensivo. Estes, na forma do artigo 61 do referido diploma legal, são os que tenham “pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. Com isto, uma enorme fatia de crimes previstos no Código Penal e nas leis especiais passou à competência dos Juizados Especiais.

No novo sistema, os ilícitos penais de menor relevância são objeto de um simples termo circunstanciado e não de inquérito policial, enviados ao Juizado Especial Criminal onde, sob a condução do juiz, será tentada a conciliação, com pagamento de indenização à vítima. Caso seja aceita a proposta e a ação penal seja privada ou condicionada à representação, o acordo extinguirá a punibilidade. Mas, se a ação penal for pública incondicionada a extinção da punibilidade dependerá do cumprimento das condições estabelecidas.

Se o caso não for de arquivamento, o agente do Ministério Público poderá propor a

aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Na falta de aceitação do acordo, o Ministério Público oferecerá denúncia e o juiz, antes de realizada a audiência de instrução e julgamento, buscará, mais uma vez, compor os interesses das partes (artigo 79). Caso a iniciativa seja frustrada, procederá a colheita das provas. Registre-se que a transação não importará em reincidência nem constará dos antecedentes do acusado. Apenas o impede de obter benefício idêntico no prazo de 5 (cinco) anos.

Nesta realidade de caráter eminentemente prático, milhares de transações são celebradas em todo o território brasileiro, muitas delas conciliando os interesses através de indenização de natureza civil. Os acordos vão desde a entrega de valores pecuniários à prestação de serviços em hospitais e outros locais de interesse público.

Para que se tenha uma ideia do sucesso das transações nos Juizados Especiais Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, na 13ª Semana Nacional da Conciliação, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, de 5 a 9 de novembro de 2018, “foram concretizadas 1.941 audiências, com 955 decisões homologatórias de transação penal e 123 decisões de composição de danos civis”.<sup>44</sup>

Referido exemplo demonstra, inequivocamente, o sucesso das transações penais e mostra que os acordos penais já são uma forma de sucesso na solução de conflitos e que eles não são uma inovação dos Projetos de Lei propostos, mas sim que existem desde a vigência da Lei nº 9.099, de 1995.

Porém, apesar do sucesso das Leis 9.099, de 1995 e 10.259, de 2001, há um ponto fraco no sistema: a total ausência de estatísticas. Com efeito, ninguém sabe o percentual de acordos realizados nos Juizados Especiais Estaduais e Federais, os efeitos e as consequências advindas destas transações entre o Ministério Público e os acusados, simplesmente porque não há estatísticas. Com certeza, este é um ponto a ser enfrentado pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais para que se aprimore o sistema.

## **5.2 A suspensão condicional do processo no Juízo Criminal**

A Lei 9.099, de 1995, não se limitou aos crimes de menor gravidade. No artigo 89 abriu a possibilidade da suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, “ desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena” (artigo 89 da Lei 9.099, de 1995). Portanto, crimes como o estelionato (artigo 171 do Código Penal), cuja pena mínima é de 1 (um) ano, podem ter o seu andamento suspenso.

O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo. Portanto, a situação é diferente da transação nos casos de crimes de menor potencial ofensivo. Aqui há uma ação penal que poderá vir a ter seu andamento imobilizado, caso seja a proposta aceita pelo denunciado. Exige-se do denunciado que “não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena” (artigo 89 da Lei 9.099, de 1995).

A proposta do Ministério Público, regra geral, terá previsão de ressarcimento à vítima, seja ela um particular ou pessoa jurídica de direito público. Esta é a única exigência relevante, prevista no inciso I, § 1º do artigo 89 da Lei 9.099, de 1995. Ela só será dispensada se

---

44 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Semana da conciliação alcançou mais de R\$ 1,5 bilhão em acordos em 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/semana-da-conciliacao-alcancou-mais-de-r-1-5-bilhao-em-acordos-em-2018>. Acesso em: 18 nov. 2019.

o denunciado não tiver possibilidades de fazê-lo. Os demais requisitos são de natureza eminentemente formal, por exemplo, comparecimento mensal ao Juízo.

A diversidade de crimes exigirá sempre do intérprete o uso da hermenêutica, aplicando a lei dentro do contexto exposto nos autos e tendo em vista os princípios de Direito. Por exemplo, nos crimes ambientais, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que é imprescindível a realização de laudo que comprove a restauração do dano praticado.<sup>45</sup> Nada mais correto, visto que neste tipo de ilícito o que mais se persegue é a recuperação ou a mitigação do prejuízo causado.

Cumpridas as obrigações no prazo em que o processo foi suspenso, o juiz declarará extinta a punibilidade.

### 5.3 A proposta de não persecução penal do artigo 28-A do Código de Processo Penal

Com já afirmado, a discussão dos dois Projetos de Lei que alteravam o Código de Processo Penal e leis relacionadas com a área criminal levou à edição da Lei 13.964, de 2019, que, entre outras coisas, introduziu o artigo 28-A no Código de Processo Penal<sup>46</sup>.

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag.Reg. no RESP nº 1878790 – DF, 5ª. Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares Fonseca, j. 06 out. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101507554/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1878790-df-2020-0140182-8/inteiro-teor-1101507564>. Acesso em: 22 jan. 2021.

46 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Referido artigo, no principal, dispõe que o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça e que tenha pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente.

Em quatro incisos estão os requisitos a serem cumpridos pelo acusado (v.g., renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime) e no parágrafo 2º do referido dispositivo encontram-se as exceções que impedem a concessão do benefício (v. g., quando for cabível a transação de competência dos Juizados Especiais e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, incisos I e IV).

Como se vê, boa parte dos crimes previstos no Código Penal admitem o acordo de não persecução. Por exemplo, furto qualificado (artigo 155, § 2º), favorecimento à corrupção (artigo 228) e peculato (artigo 312). Todos estes crimes não admitem transação ou suspensão do processo, porque a pena mínima supera 1 (um) ano e a máxima supera 2 (dois) anos de reclusão. Agora, contudo, podem ser objeto de outro tipo de composição, qual seja, a não persecução penal.

As possibilidades de sucesso variam conforme o tipo penal, uma vez que, entre as condições, está a de confessar a prática delituosa. Por exemplo, o acordo poderá ser vantajoso para alguém surpreendido portando moeda falsa (artigo 289 do Código Penal), porque é crime de fácil comprovação (limita-se à apreensão e perícia) e, portanto, a confissão será mera consequência natural do fato. Todavia, em determinados crimes a confissão criminal gerará resultados indesejados no âmbito civil e administrativo.

Por exemplo, ao confessar um crime ambiental praticado, conforme exige o “caput” do artigo 28-A, o infrator assumirá automaticamente a responsabilidade civil. E como elas são independentes, o acordo não alcançará a segunda. Em outras palavras, a não persecução penal não afetará a responsabilidade civil, podendo o Ministério Público, depois, intentar ação civil pública, munido da confissão do acusado. Óbvio que dificilmente haverá, neste tipo de crime, acordo de não persecução.

O artigo 28-A, §§ 3º a 6º, dispõe que “O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor”. Isto feito, será submetido ao juiz para homologação, o qual “deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”. O Juiz poderá homologar o acordo ou, se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo. No entanto, nisto confina-se a sua participação. Ele não toma parte nas negociações, nada sugere ou induz, tendo papel meramente homologatório.

Ora bem, isto diminui as chances de conciliação, pois a proposta tende a ser algo formal, apresentada por escrito, assemelhando-se a um contrato de adesão. A presença do magistrado presidindo a audiência de busca de conciliação daria ao acusado maior confiança, face à presunção de imparcialidade do juiz. Facilitaria a avença.

Imagine-se, porém, que o agente do Ministério Público, com ou sem qualquer razão, não oferece acordo de não persecução, apesar do caso concreto amoldar-se à previsão legal. O 14º parágrafo do artigo 28-A prevê que, nesta hipótese, o acusado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, no caso a instância de revisão ministerial que exerce as funções outrora da competência do Procurador Geral de Justiça. Se, ainda assim, a proposta for negada, ao juiz cabe apenas dar seguimento à ação penal. Neste sentido vem

se inclinando a jurisprudência, conforme precedentes dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina<sup>46</sup> e de São Paulo.<sup>47</sup>

Outra questão que vem suscitando discussões é a referente a casos em que já haja sentença penal condenatória anterior à vigência da Lei 13.964, de 2019, porém sem trânsito em julgado. A lei silencia a respeito, daí o surgimento da dúvida sobre a possibilidade de sua aplicação. Cremos que nenhum direito assiste ao acusado no sentido de receber proposta de não persecução penal, pois as leis processuais, sabidamente, aplicam-se a partir de sua vigência (*tempus regis actum*). Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal em ação penal na qual já havia sido proferida sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal de segunda instância, afastando a pretendida retroatividade da lei.<sup>48</sup>

Coisa diversa é o decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup>. Região que, examinando recurso de apelação contra sentença condenatória, simplesmente determinou a manifestação do Ministério Público para que se manifestasse a respeito da possibilidade de oferta de proposta de não persecução penal.<sup>49</sup> Esta intimação, que nada impõe e não interfere no poder discricionário do órgão da acusação, pode ser considerada válida. Mas ela, evidentemente, não significa que o acusado tenha direito subjetivo à proposta de não persecução e nem mesmo a esta simples intimação.

À vista de todo o exposto é possível concluir que a redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964, de 20 de dezembro de 2019, teve a importância de possibilitar mais uma forma de conciliação na esfera penal. Porém os seus efeitos, ao que tudo indica, serão pouco significativos, não só porque ela alcança um número sem grande expressão de tipos penais, mas também porque, mais do que uma negociação, ela acaba sendo uma posição unilateral do Ministério Público, que não oferece maiores vantagens ao acusado.

## 5. CONCLUSÃO

A introdução do artigo 28-A no Código de Processo Penal acrescentou mais uma possibilidade de conciliação no âmbito das ações penais. Assim, à transação e à suspensão do processo, previstas na Lei 9.099, de 1995, que regula os Juizados Especiais, acrescentou-se o acordo de não persecução penal, destinado aos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos de reclusão.

A opção pela conciliação dos conflitos substituindo a decisão judicial é prática antiga, prevista desde a Constituição de 1824, conforme dispunha seu artigo 161: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”. No âmbito criminal, todavia, fortes eram as resistências, fundadas na crença das vantagens da ação estatal, através de Poder Judiciário.

Muito embora a justiça negociada na seara penal tenha tido e ainda tenha os seus críticos, que afirmam que ao optar pela efetividade da justiça estar-se-ia anulando garantias individuais, o certo é que este é um caminho sem volta, pois persistir no sistema antigo é manter injustiças mais graves. Com efeito, as ações penais demoram dez ou mais anos, o sofrimento das vítimas não é considerado, as execuções das penas são feitas quando a

---

46 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, HC 50366493520208240000, 2<sup>a</sup>. Câmara Criminal, Relator Sérgio Rizelo, j. 27 out. 2020.

47 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, HC: 21838000220208260000 SP, 12<sup>a</sup>. Câmara Criminal, Relator Amable Lopez Soto, j. 05 out. 2020.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC: 191464 SC 0103089-52.2020.1.00.0000, 1<sup>a</sup>. Turma, Relator Roberto Barroso, j. 11 nov. 2020.

49 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup>. Região, ACR 5019118-23.2018.4.04.7201, 8<sup>a</sup>. Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 09 dez. 2020.

situação de fato é outra, o que as torna inúteis ou até perniciosas, a prescrição é comum e a descrença no Judiciário afeta até a própria democracia.

A proposta de não persecução penal, tal qual as iniciativas que a antecederam (transação e suspensão do processo), consiste em uma nova forma de tratamento ao processo penal brasileiro, ou seja, uma forma de política pública de grande importância na solução de problemas públicos, com possibilidade de impacto coletivo. Portanto, a realização de acordos penais mostra-se como medida oportuna no processo de aprimoramento de nossa legislação processual penal, uma vez que pode conduzir ao ressarcimento do dano e pôr fim ao conflito, restaurando a paz no meio social.

De resto, muito embora tal iniciativa seja um passo à frente na solução de conflitos, é preciso que seja aprimorada. Primeiro, capacitando-se os profissionais das profissões jurídicas, em especial os agentes do Ministério Público, na arte da negociação. Segundo, aprimorando-se as estatísticas, a fim de que se tenha transparência no número de ações penais que foram objeto de acordo, nas suas múltiplas formas. Terceiro, avançando-se na legislação levando a possibilidade de acordo aos demais crimes do Código Penal e legislação complementar, como pretendia o Projeto de Lei 882, de 2019.

## REFERÊNCIAS

BATRA, Rishi Raj. Judicial Participation in Plea Bargaining: A Dispute Resolution Perspective. *Ohio State Law Journal*, vol. 76, nº 3. Ohio, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2619433>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag.Reg.no RESP nº 1878790–DF, 5ª. Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares Fonseca, j. 06 out. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101507554/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1878790-df-2020-0140182-8/inteiro-teor-1101507564>. Acesso em 22 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, HC 50366493520208240000, 2ª. Câmara Criminal, Relator Sérgio Rizelo, j. 27 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, HC: 21838000220208260000 SP, 12ª. Câmara Criminal, Relator Amable Lopez Soto, julgamento 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC: 191464 SC 0103089-52.2020.1.00.0000, 1ª. Turma, Relator Roberto Barroso, j. 11 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, ACR 5019118-23.2018.4.04.7201, 8ª. Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 09 dez. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Pl 882/2019, Projeto de Lei*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 10 jul. 2019.

COBB, R. W.; ELDER, C. D. *Participation in American politics: the dynamics of agenda-building*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNI/EP)*, junho de 2019. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php). Acesso em: 17 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Semana da conciliação alcançou mais de R\$ 1,5 bilhão em acordos em 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/semana-da-conciliacao-alcancou-mais-de-r-1-5-bilhao-em-acordos-em-2018>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordo de não Persecução Penal*: resolução 181/2017 do CNMP. 2.ed. São Paulo: Ed. JusPodium, 2018.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Recurso online.

FRANÇA. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AB03FB7216A8C5E1D8D3B84B838AB685.tplgr23s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006167418&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20190718](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AB03FB7216A8C5E1D8D3B84B838AB685.tplgr23s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006167418&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20190718). Acesso em: 14 jul. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. O acordo no processo criminal é um caminho sem volta. In: *Revista Consultor Jurídico*, 30 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-30/segunda-leitura-acordo-processo-criminal-caminho-volta>. Acesso em: 30 jun. 2019.

ITÁLIA. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.repubblica:1988-09-22;447!vig=.](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.repubblica:1988-09-22;447!vig=) Acesso em: 14 jul. 2019.

LANÇA, Isabel Babo. A construção dos problemas públicos. Elementos para uma análise do caso Timor. In: *Antropológicas*, nº 4. Porto, Portugal: Universidade Fernando Pessoa, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. Recurso online.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1964.

MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Recurso online.

OLIVEIRA, Mara de; BERGUE, Sandro Trescastro (Orgs.). *Políticas públicas: definições, interlocuções e experiências*. Caxias do Sul, RS: Editora EdUCS, 2012. Recurso online.

QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012. Recurso online.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra. *Julgar - Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, nº 19. Coimbra, 2012.

SECCHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2016. Recurso online.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2017.

SEDGWICK, L. J. et al. The Prevalence of Guilty Pleas. Special Report of U.S. Department of Justice. December, 1984. Washington, D.C. Disponível em; <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pgp.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice da percepção da corrupção 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em: 16 nov. 2019.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Bureau of Justice Assistance. *Research Summary: Plea and Charge Bargaining*. January 24, 2011. Disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

---

**Recebido em:** 05.12.2019

**Aprovado em:** 15.02.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

FREITAS, Vladimir Passos de; PEREIRA, Cicero Guilherme Roveda; BORTOLETTO, Ronaldo Rodrigues de Oliveira. A celebração de acordos na esfera penal como política de eficiência e de solução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.42-60, maio/ago. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/11/DIR44-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A ARTICULAÇÃO DAS REDES DE APOIO AOS REFUGIADOS NO BRASIL E SUAS CONTRIBUIÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

## THE ARTICULATION OF SUPPORT NETWORKS FOR REFUGEES IN BRAZIL AND THEIR CONTRIBUTIONS TO PERSONALITY RIGHTS

Leda Maria Messias da Silva<sup>1</sup>  
René Dutra Teixeira<sup>2</sup>

**RESUMO:** Neste artigo, analisa-se a importância das redes de apoio aos refugiados no Brasil em relação à garantia aos direitos da personalidade, especialmente a dignidade. Partindo-se dessas premissas, realiza-se pesquisa teórica, por meio do método dedutivo, e trata-se inicialmente dos princípios e das formas de articulação das redes de apoio aos refugiados no Brasil. Na sequência, observa-se o papel da articulação governamental do CONARE e do DMIG e das contribuições da participação dos demais setores da sociedade para as redes de apoio aos refugiados. Metodologicamente, promove-se um diálogo entre as fontes bibliográficas e documentais, como a legislação brasileira, assim como com livros e artigos científicos. Conclui-se, por meio dos estudos acerca das redes de apoio aos refugiados no Brasil, ser necessário um atendimento transversal e multisetorial aos refugiados, para garantia dos direitos da personalidade, pois cada um dos atores é parte integrante necessária e importante para o sucesso no atendimento integral e humanizado, bem como no enfrentamento dos problemas ligados aos refugiados. Além disso, conclui-se que é necessária uma distribuição mais clara de competências entre os órgãos executivos das políticas públicas.

**Palavras-chave:** atendimento humanizado; direitos da personalidade; redes de apoio; refugiados.

**ABSTRACT:** In this article, we analyze the importance of support networks for refugees in Brazil concerning guaranteeing personality rights, especially dignity. Based on these premises, a theoretical study is carried out, using the deductive method and deals with the principles and ways of articulating the support networks for refugees in Brazil. Then, we look at the role of the government articulation, through CONARE and the DMIG and the contributions of the participation of other sectors of society to the refugee support networks. Methodologically, a dialogue is promoted between bibliographic and documentary sources, such as Brazilian legislation, books, and scientific articles. In the end, we conclude, through studies on refugee support networks in Brazil, that multisectoral assistance to refugees is necessary to guarantee personality rights, as each of the actors is an important part for the success of a comprehensive and humanized care, as well as facing problems related to refugees. Also, we conclude that it is necessary a clearer distribution of competences among the executive agencies of public policies.

**keywords:** humanized care; personality rights; support networks; refugees.

---

1 Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa, Portugal. Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas da Unicesumar. Professora da Universidade Estadual de Maringá, Paraná. Pesquisadora do ICETI e CNPQ. E-mail: lemead@uol.com.br.

2 Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. E-mail: rene.dutra@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o número de refugiados e deslocados internos chegou a mais de 71 milhões de pessoas, índice que representa o maior nível de deslocamento forçado registrado pelo ACNUR em toda a sua história. O Brasil vem recebendo um número crescente de refugiados, impulsionado, principalmente, pela crise na Venezuela. Outros grupos que frequentemente escolhem o Brasil como país receptor são os sírios, haitianos e congolezes.

Conforme fora definido na Convenção de Genebra de 1951 e na legislação brasileira (lei n. 9474/97), é importante destacar que “refugiados” são pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados à sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Também são considerados refugiados aqueles que foram obrigados a deixar seus países, devido conflitos armados, violência generalizada e graves violações dos direitos humanos ou aqueles que obrigados a deixar sua moradia devido a um desastre ambiental que põe em risco a sua sobrevivência, os chamados refugiados ambientais.

Embora se desloquem ao Brasil para fugirem de condições de vida adversas e recomeçar com dignidade, isso nem sempre acontece. O refugiado encontra muitos obstáculos para integração na sociedade brasileira, e tal integração está diretamente relacionada a sua difícil inclusão laboral, o que atrasa o acesso a uma vida digna. Assim, sem acesso a um trabalho decente, é alijado de muitos outros elementos garantidores da vida digna, como uma alimentação e habitação adequada. Assim, neste trabalho, elegeu-se o acesso ao trabalho decente como o principal vetor para a garantia de muitos direitos assegurados constitucionalmente, e a principal forma de promoção do empoderamento de refugiados, para que assim logrem sua independência. Desta forma, na parte final deste artigo, ao tratar de forma específica de algumas redes de apoio, também se optou por utilizar aquelas que contribuam para inclusão laboral e enfrentamento de práticas ilícitas na seara trabalhista.

Com base nesse contexto, este trabalho aprofunda-se em discorrer sobre as redes de apoio aos refugiados no Brasil e suas contribuições aos direitos da personalidade no Brasil. Assim, visa demonstrar as sistemáticas violações aos direitos da personalidade dos refugiados no país, para em seguida adentrar na temática principal deste artigo: as redes de apoio aos refugiados no país. Primeiramente, conceitua-se as redes de apoio, trazendo suas vantagens e desafios. Em seguida, aborda-se os princípios e formas de articulação das redes de apoio à refugiados no Brasil. Na sequência, trata-se do papel da articulação governamental do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE, doravante), do Departamento de Migrações (DMIG, doravante) e, por fim, das contribuições oriundas da participação das demais redes de apoio que fomentam a inclusão laboral de refugiados ou entidades que atuam na assistência e enfrentamento de práticas ilícitas na seara trabalhista. Por último, apresenta-se as conclusões.

Amparado por esses materiais, traça-se as seguintes perguntas-problemas que funcionam como fios condutores e delimitadores da pesquisa: O que são as redes de apoio e quais são suas vantagens? Por que uma rede de apoio adequada é instrumento para garantia dos direitos da personalidade? Quais são os princípios e as formas de articulação das redes de apoio a refugiados? Quem são os principais atores e órgãos que atuam na articulação e na participação das redes de apoio a refugiados no Brasil, em especial àqueles que atuam junto à promoção da inclusão laboral e do enfrentamento dos ilícitos trabalhistas, e quais são as suas contribuições?

Emprega-se neste trabalho o método dedutivo, realizando-se um diálogo entre as fontes bibliográficas e documentais, como a legislação brasileira, livros e artigos científicos.

Este artigo está dividido em seis partes, partindo-se de uma discussão acerca das violações dos direitos da personalidade dos refugiados no Brasil. Em seguida, aborda-se as redes de apoio aos refugiados, pormenorizando esse conceito, seus princípios e as formas de articulação, destacando-se, ainda, os principais órgãos e atores participantes dessa rede. Ao final, apresenta-se as conclusões sobre a discussão realizada neste trabalho.

## 2 REDES DE APOIO E SUA IMPORTÂNCIA PARA GARANTIR OS DIREITOS DA PERSONALIDADE AOS REFUGIADOS

Valério Mazzuoli<sup>3</sup> explica que com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve a internacionalização dos direitos humanos. O princípio da não discriminação foi alçado para o status de norma *jus cogens* e a condição de ser pessoa passou a ser suficiente para a proteção dos direitos humanos, em qualquer ocasião e em qualquer circunstância, sepultando assim o relativismo cultural que era fundamento para o desrespeito do direito dos refugiados em todo mundo. A partir desse momento, buscava-se um padrão mínimo para a proteção dos direitos humanos. Assim, para o referido autor, a declaração supracitada passou a servir como: “paradigma ético e suporte axiológico desses mesmos direitos”.

Embora os avanços produzidos desde a metade do século passado, a questão dos refugiados provoca discussões sobre a assistência ou não a refugiados pelo Estado, uma vez que, originalmente, não são brasileiros. Segundo Agamben<sup>4</sup> “A questão dos refugiados representa um elemento inquietante no estado-nação atual, pois ao dissociar o homem do cidadão, entre nativos e nacionais, a crise dos refugiados põe em xeque o que se conhece como soberania (tradução nossa)”. Desta forma, a questão dos refugiados pede uma nova abordagem do conceito de soberania para que os acolha dignamente no país.

Atualmente, os refugiados são vítimas de uma série de violações aos seus direitos humanos e da personalidade que têm início em seu país de origem, pois frequentemente fogem de guerras ou de situações que violam seus direitos humanos, situação essa de vulnerabilidade continua quando chegam ao Brasil. Segundo Bittar<sup>5</sup>, os direitos da personalidade se constituem “[...] direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes”.

Dentre os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana é a mais importante, visto que é norma matriz de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Szaniwaski<sup>6</sup> “[...] a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda da sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica”. Assim, o ordenamento é elaborado a partir da dignidade da pessoa humana e deve ser aplicado em respeito ao referido princípio. Nesse sentido, Bonavides<sup>7</sup> assevera que “[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Segundo Ernani Contipelli<sup>8</sup>, a dignidade:

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 172-173.

4 “If in the system of the nation state the refugee represents such a disquieting element, it is above all because by breaking up the identity between man and citizen, between nativity and nationality, the refugee throws into crisis the original fiction of sovereignty”.

AGAMBEN, Giorgio. *We refugees*. In: Symposium: A Quarterly Journal in Modern Literatures. Taylor & Francis, 1995. p. 117.

5 BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 11.

6 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

7 BONAVIDES, Paulo. *Prefácio à obra de SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 15.

[...] apresenta-se como um enunciado normativo que permite desenvolvimento de certos conceitos relacionados com o desenvolvimento da vida humana: viver como queira, determinar sua vida de acordo com as características de seu próprio ser, com o absoluto respeito ao direito de ser distinto, a pensar diferente; a viver bem, garantia de condições reais de uma existência satisfatória; e viver sem humilhações, esfera intangível de bens não patrimoniais que envolve a proteção à razão e a consciência humana, assim como a integridade física [...].

Embora seja impreciso o conceito de dignidade da pessoa humana, tal definição vai muito além da esfera jurídica, pois atinge as noções de integridade humana e de bem-estar. Nesse sentido, Barroso<sup>9</sup> afirma que a

[...] dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

Se, por um lado, o conceito de dignidade é um tanto vago, e até ambíguo, ele também possui natureza heterogênea, o que abriga muitas esferas de proteção. Partindo desse raciocínio, segundo Sarmiento<sup>10</sup>, “[...] o homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, mas também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc.”.

Arendt<sup>11</sup>, em torno dessa discussão, considera que a condição humana exige o que a autora denomina de ação: aquilo que faz cada um de nós um ser único, porque nos torna capazes de iniciativas alheias às necessidades, mas que revelam o desejo humano e a forma de viver que é própria de cada pessoa. A liberdade, portanto, é valor fundamental para a dignidade.

Oliveira<sup>12</sup>, ao tratar da dignidade, afirma que, quando se nega ao ser humano condições dignas de vida, obsta-lhe também o convívio pleno em sociedade, pois, somente pela integração na sociedade, o ser humano torna-se responsável pelos demais e colabora para a construção do mundo.

Vale dizer, portanto, que os refugiados, enquanto seres humanos dotados de direitos intrínsecos à sua existência, como a dignidade, sofrem com o descaso do Estado que não promove políticas públicas que lhes garantam o mínimo para uma vida decente. Ainda, sofrem pelo estigma a eles imputado por grande parte da sociedade, uma vez que muitas pessoas os veem como seres incapazes para o trabalho, ou que eles vieram ao Brasil apenas para “roubar” empregos de brasileiros em um momento de crise.

Além disso, a exclusão social e as violações à dignidade oriundas desse fenômeno têm relação com o desrespeito ao princípio da igualdade. Nesse sentido, Piovesan<sup>13</sup> salienta a importância de se reconhecer as desigualdades existentes para que se conquiste uma igualdade substantiva. Para a autora,

---

8 CONTIPELLI, Ernani. Governança Global, Dignidade Humana e Refugiado (ou Deslocados) Ambientais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 30, 2016, p. 35.

9 BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

10 SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

11 ARENDT, H. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

12 OLIVEIRA, P. A. R. *Fé e Política: fundamentos*. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

13 PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 93.

[...] torna-se assim necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva.

Mello<sup>14</sup> traz importante afirmação sobre a relativização do princípio da não discriminação. Para o autor,

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Assim, ante a extrema vulnerabilidade desse grupo, em relação aos demais cidadãos do país receptor, conferir um tratamento diferenciado, visando à ascensão social desses indivíduos, ancorados nos princípios constitucionais, é medida legítima que muitas vezes se impõe para a plenitude dos direitos da personalidade e não se configura como forma de discriminação em relação aos demais cidadãos.

Quando é oferecido tratamento inadequado às necessidades dos refugiados, eles são colocados em situação de maior vulnerabilidade frente aos brasileiros natos. Um exemplo disso é a ausência de órgãos e de profissionais especializados para o atendimento de migrantes e refugiados na maior parte dos municípios do Brasil, onde todos os atores envolvidos, além de estarem capacitados para o atendimento específico e adequado à realidade dos refugiados, dentro de sua competência, estarão conscientes do papel dos demais órgãos e entidades. Como exceção à maioria dos municípios do país, encontra-se o CRAI (Centro de Referência e Atendimento de Imigrantes) em São Paulo, onde criou-se um órgão municipal centralizador de uma política para imigrantes e refugiados.

Fora dessa realidade de um órgão próprio para tratar de questões específicas de migrantes, órgãos como o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS/CREAS, doravante) costumam não prestar um atendimento especializado, seja porque seus prestadores de serviço costumam não estar capacitados para lidar com migrantes e sua vulnerabilidade, seja porque a complexidade que envolve a vulnerabilidade dos refugiados não encontra amparo adequados em tais unidades públicas, dificultando, portanto, que os refugiados tenham acesso aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade.

Outro exemplo ilustrativo é a oferta diminuta de cursos de Português voltados a estrangeiros, o que atrasa a sua inclusão social e no mercado de trabalho. Desta forma, diante da existência de uma rede de apoio pouco articulada ou inadequada às peculiaridades dos refugiados, esses indivíduos são alijados da participação plena em sociedade por múltiplos mecanismos, o que certamente dificulta o seu pertencimento ao país e gera dano aos seus direitos da personalidade, principalmente à sua dignidade.

Borges<sup>15</sup> descreve assim o objeto de proteção dos direitos da personalidade:

Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito ao nome,

---

14 MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 78.

15 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.21.

dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.

Assim, quando indivíduos provenientes de uma situação de vulnerabilidade anterior, como uma guerra, são autorizados a residirem no país e se submetem a condições indignas, sofrem duplamente violações a seus direitos de personalidade, especialmente o direito a uma vida digna. Primeiro, isso acontece em seu país de origem, pois eles são expulsos de sua pátria, uma vez que sua permanência se torna impossível ante as inúmeras violações a seus direitos humanos e da personalidade. Segundo, quando eles são recebidos no outro país, pois muitas vezes não lhes são oferecidas condições para sua sobrevivência com dignidade.

Ante todas as violações aos direitos da personalidade dos refugiados, uma rede de apoio nacional adequada é instrumento para garantia da dignidade deste grupo, uma vez que desenvolve o capital social dos refugiados e impacta positivamente sua vivência no país. Bourdieu e Wacquant<sup>16</sup> define capital social como “Soma de recursos, reais ou virtuais, que se acumulam para um indivíduo ou um grupo em virtude de possuir uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de conhecimento e reconhecimento mútuo (tradução nossa).”

Assim, uma rede de apoio deve conter uma rede de atendimento pautada no respeito ao multiculturalismo e ser destinada a desenvolver o capital social dos refugiados, seja por meio da assistência social integral, seja por meio de elementos para inclusão social, como por exemplo o oferecimento de cursos de Português ou a realização de parcerias com empresa para inclusão laboral. Além disso, deve conter mecanismos para garantir os direitos fundamentais e da personalidade, por força das convenções internacionais e dos princípios presentes na Constituição brasileira, devendo contemplar o enfrentamento de problemas relacionados às violações desses direitos, no sentido de prevenir ocorrências futuras e de solucionar problemas atuais.

Desta forma, segundo conceito adaptado de Silva<sup>17</sup>, a rede de enfrentamento é composta por: agentes governamentais e não-governamentais formuladores, fiscalizadores e executores de políticas voltadas para os refugiados (organismos de políticas para os refugiados, ONGs que lidam com migrações, movimento de migrantes, conselhos dos direitos dos migrantes, outros conselhos de controle social; núcleos de enfrentamento ao trabalho escravo, etc.); serviços/ programas voltados para a responsabilização dos infratores; universidades; órgãos federais, estaduais e municipais responsáveis pela garantia de direitos (habitação, educação, trabalho, seguridade social, cultura); e serviços especializados e não-especializados de atendimento às violações dos direitos garantidos aos refugiados, como o trabalho digno.

Já a rede de atendimento, conforme conceito adaptado de Silva<sup>18</sup> faz referência ao conjunto de ações e serviços de diferentes setores (especialmente os da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento, assim como à identificação e ao encaminhamento adequados de migrantes e

---

16 “sum of resources, actual or virtual, that accrue to an individual or a group by virtue of possessing a durable network of more or less institutionalized relationships of mutual acquaintance and recognition”. (BOURDIEU, P.; WACQUANT, L. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press. 1992, p. 119)

17 SILVA, Tais Cerqueira. *Rede de Enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres / Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 05 out. 2019.

18 SILVA, Tais Cerqueira. *Rede de Enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres / Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 05 out. 2019.

refugiados em situação de vulnerabilidade, à integralidade e à humanização do atendimento.

Portanto, segundo a autora, a rede de atendimento compreende a rede de enfrentamento por ser mais ampla. Desta forma, uma rede de apoio a refugiados deve ser compreendida pela multiplicidade de serviços e de instituições, portanto, a multidimensionalidade e a complexidade do enfrentamento/atendimento devem ser levados em conta para o sucesso de qualquer política que lide com a garantia de direitos dos refugiados. Além disso, um processo de integração completo requer não apenas a colocação em vagas, mas o preparo desse ambiente de trabalho como um espaço de acolhida, a fim de a integração se dar também nas dimensões socioculturais.

Neves<sup>19</sup> traz as vantagens do sistema de rede de atendimento:

O atendimento social considerado a partir do sistema de rede facilita a circulação de informação, promove uma tomada de consciência coletiva, além de possibilitar uma visão geral, incluindo o levantamento de recursos, potencialidades e demais fatores capazes de permitir a melhor efetivação das ações norteadoras do sucesso referente ao desempenho institucional direcionado ao atendimento social. A rede manifesta-se como objeto útil e indicador do planejamento, execução, acompanhamento e avaliação da ação, entre os parceiros sociais; facilita a participação dos excluídos nos processos de desenvolvimento das ações e possibilita a utilização do conhecimento necessário às estratégias de atuação e solução de impasses.

Desta forma, a soma dos esforços entre vários atores produzirá um resultado mais eficiente em relação a um atendimento realizado individualmente e de forma desarticulada. Nesse sentido, Neves aduz que o atendimento em rede é aquele “[...] com expectativas e valores culturais compartilhados, os quais realizam ações complementares em um processo unitário e coerente de decisões, estratégias e esforços”.

Uma outra palavra utilizada para definir o atendimento em rede é a transversalidade que, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>20</sup> é:

[...] atuação interdepartamental e criação de fóruns horizontais de diálogo e tomada de decisão, em que conhecimentos, recursos e técnicas acumuladas em cada espaço institucional possam atuar em sinergia. Quando aplicado a políticas para grupos populacionais específicos, por exemplo, o conceito compreende ações que, tendo por objetivo lidar com determinada situação enfrentada por um ou mais destes grupos, articulam diversos órgãos setoriais, níveis da Federação ou mesmo setores da sociedade na sua formulação e/ou execução.

A partir do conceito acima, verifica-se que para a otimização e aprimoramento do atendimento é necessário o compartilhamento de informação entre todos os atores envolvidos, a fim de suprir as lacunas no atendimento e para que cada um cumpra o papel que lhe corresponde. Em outras palavras, para que o atendimento seja assertivo e adequado às necessidades dos refugiados, é importante que haja uma distribuição racional de funções, de forma que cada ator do sistema tenha seu papel claramente definido.

---

19 NEVES, Marília Nogueira. Rede de atendimento social: uma ação possível. *Revista da Católica*, Uberlândia, v.1, n.1, 2009, p.163. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/solucao\\_em\\_rede/rede\\_de\\_atendimento\\_-\\_acao\\_possivel.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/solucao_em_rede/rede_de_atendimento_-_acao_possivel.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

20 IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avanços e desafios da transversalidade nas políticas públicas federais voltadas para minorias*. In: IPEA. *Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas*. v. 3. Brasília: IPEA, 2009, p. 780. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro\\_BrasilDesenvEN\\_Vol03.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_BrasilDesenvEN_Vol03.pdf). Acesso em: 7 abr. 2019.

Conclui-se, assim, que, para um atendimento especializado aos refugiados no país, sugere-se a criação de CRAIS em mais municípios do Brasil, que servirão como núcleos executivos da rede apoio no âmbito municipal. Na ausência de um órgão especializado, no caso do atendimento e enfrentamento das violações aos direitos dos refugiados, é importante que todos os atores pertencentes à rede de apoio atuem de forma articulada e integrada, com definição clara e racional das atribuições de cada órgão, de forma a definir fluxos de atendimento compatíveis com as realidades locais, que devem contemplar as peculiaridades dos refugiados, como a sua nacionalidade, os costumes e a cultura, além de adequá-los ao estado de vulnerabilidade que eventualmente esses indivíduos se encontram, prestando um atendimento integral e humano, a fim de garantir seus direitos da personalidade.

### **3 PRINCÍPIOS E FORMAS DE ARTICULAÇÃO DAS REDES DE APOIO AOS REFUGIADOS NO BRASIL**

A rede de apoio representa organização e articulação de uma política pública, e de forma racional visa a concretização de um fim a ser perseguido por todos os participantes. Desta forma, segundo Birol<sup>21</sup>, para que o Estado institucionalize uma rede de apoio bem sucedida, é necessário que ele persiga alguns princípios: a) Apropriação da política de atendimento pelo Estado; b) Sustentabilidade; c) Recursos humanos e financeiros; d) Participação da sociedade civil; e) Enfoque nos direitos humanos; f) Não discriminação e imparcialidade; g) Enfoque interdisciplinar e intersetorial; h) Monitoramento e avaliação.

Primeiramente, a apropriação da política do atendimento pelo Estado significa que o país deve traçar o compromisso de implementar as medidas necessárias para o funcionamento de uma política pública de atendimento aos migrantes. Concretiza-se tal compromisso quando o Estado assume a responsabilidade na oferta do atendimento, destinando recursos humanos e financeiros a fim de que essa política seja sustentável, fortalecendo as comunidades e firmando parcerias com atores da sociedade civil. Além disso, o Estado deve traçar suas políticas no sentido de garantir aos refugiados seus direitos fundamentais, primando sempre por um atendimento com enfoque interdisciplinar e intersetorial, garantindo assistência adequada com o apoio de vários profissionais e setores da sociedade.

Por último, a implantação de uma política pública que gere um sistema em rede deve também trazer formas de monitoramento e de avaliação dessa política. Tais mecanismos estão diretamente relacionados ao compartilhamento de informações por todos os participantes e, preferencialmente, de forma pública (protegida a confidencialidades dos indivíduos atendidos). Com base nesse levantamento de dados é que serão aferidos os resultados, a efetividade e a necessidade de aprimoramento dessa política.

Segundo Birol<sup>22</sup>, para o sucesso do atendimento em rede, há questões sensíveis que são transversais e que perpassam todas as fases do atendimento de refugiados e que devem ser levadas também em consideração durante a provisão de assistência, tais como a troca e o acesso à informação, a interpretação, a segurança, a privacidade e a confidencialidade.

21 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 31. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

22 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

Assim, o compartilhamento de informação deve ser fomentado de forma a sempre garantir segurança e privacidade dos indivíduos atendidos, assim como avaliar que documentos e informações pessoais devem ser arquivados de maneira que garanta a privacidade e a confidencialidade do atendimento. Além disso, em relação ao acesso às informações, “[...] o migrante deve receber informação e esclarecimentos sobre seus direitos, serviços disponíveis, riscos e consequências do atendimento e da recusa do atendimento, para que assim, possa tomar decisões informadas”. Ainda, a informação deve ser transmitida na língua materna do refugiado, ou em outra de sua preferência, para que a comunicação seja, de fato, efetiva.

Para que o sistema de atendimento seja, verdadeiramente, considerado como um sistema de rede é necessário que todos os atores e serviços disponíveis estejam interligados, isso significa que as informações devem ser compartilhadas entre os entes. Dentro desse contexto, é mister que todos os refugiados estejam cadastrados em um sistema único, e que todas as informações estejam disponíveis para os integrantes da rede, de forma que cada indivíduo seja acompanhado até que todos os direitos básicos estejam garantidos e, assim “emancipados”, os refugiados tenham condições de viver autonomamente.

Whitaker<sup>23</sup> afirma que os elementos essenciais de uma rede são as informações, e que é preciso evitar “[...] censuras, controles, hierarquizações ou manipulação nessa circulação”. Nesse sistema, por exemplo, caso um refugiado entre em contato com um órgão participante da rede, mas que não preste atendimento ao que lhe foi solicitado, ele deverá receber orientação sobre como procurar e onde deverá ir para que seu problema seja resolvido. A negativa de atendimento e o fato de muitos órgãos se desincumbirem de uma solução passa, então, a não ser tolerável. Logo, o público alvo de uma política pública voltada para atenção de questões atinentes aos refugiados não se limita aos seus beneficiários, mas deve contemplar ações para a conscientização e a capacitação dos responsáveis pelo atendimento a esses indivíduos.

Assim, o atendimento integrado e conjunto será colaborativo entre todas as entidades, pois todos possuirão visão global dos fins que se pretende alcançar. O sucesso no atendimento não se limita, portanto, a cumprir o papel institucional, mas a alcançar os fins de uma política pública focada tanto em resultados quanto em atendimento integral dos refugiados. Nesse sentido, Neves<sup>24</sup> é enfática ao considerar que “[...] a perspectiva de rede estabelece para quem atua nas políticas sociais novos parâmetros e vetores que deverão contribuir na humanização do atendimento aos seus usuários”.

Nesse mesmo diapasão, Birol<sup>25</sup> considera que há três passos para a realização do atendimento, começando pelo atendimento inicial, num processo de atendimento ou acolhida humanizada, identificação do beneficiário e atenção às questões ou às necessidades emergenciais. O atendimento segue com o processo de integração laboral, a inclusão social do beneficiário e continua com o monitoramento.

---

23 WHITAKER, F. *Rede: uma estrutura alternativa de organização*. 2009, p. 03-04. Disponível em: [http://www.inforum.insite.com.br/arquivos/2591/estrutura\\_alternativa\\_organizacao.PDF](http://www.inforum.insite.com.br/arquivos/2591/estrutura_alternativa_organizacao.PDF). Acesso em: 05 out. 2019.

24 NEVES, Marília Nogueira. Rede de atendimento social: uma ação possível. *Revista da Católica*, Uberlândia, v. 1, n. 1, 2009, p. 162. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/solucao\\_em\\_rede\\_rede\\_de\\_atendimento\\_-\\_acao\\_possivel.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/solucao_em_rede_rede_de_atendimento_-_acao_possivel.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

25 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: [Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

Assim, o primeiro contato do migrante deve ser realizado por profissional qualificado para realizar uma acolhida humanizada, pois esse início determina a continuidade do atendimento e o acesso aos serviços públicos. Nesse sentido, é primordial que o profissional realize uma escuta ativa, que Raimundo e Cadete<sup>26</sup> definem como:

[...] resolver a necessidade do outro, sem julgamento; ou dar espaço para que o outro possa falar. É dar espaço para que o falante/usuário revele seus pensamentos e sentimentos, necessidades e dúvidas. É ouvir sem interrupções, sem inferências: simplesmente, silenciando-se, para que o outro seja escutado.

Normalmente, segundo Birol<sup>27</sup>, o primeiro contato do refugiado é realizado pela Polícia Federal, por isso é preciso esses funcionários estejam capacitados para um atendimento digno. Assim, nesse primeiro momento, além de colher as principais informações do refugiados, como as suas informações pessoais e o seu perfil socioeconômico, deve-se também averiguar se ele é documentado ou indocumentado, ou ainda se o refugiado é vítima de alguma violação de direito humano ou qualquer forma de exploração (como contrabando de migrante, tráfico de pessoas, etc.), tomando as devidas providências jurídicas e de documentação pessoal.

Além disso, é imprescindível que, nesse primeiro momento, o refugiado receba encaminhamento aos serviços essenciais para a sua estadia no país, tais como alimentação, assistência à saúde, residência, informação sobre seus direitos e sobre a forma de expedição de documentos. Esse atendimento costuma ser realizado pelos serviços de atendimento social (CRAS, CREAS, etc.), ONGS e pastorais do migrante.

Não se pode olvidar também que alguns refugiados estão em uma situação ainda mais agravada, pois são vítimas de tráfico de pessoas ou de trabalho análogo à escravidão. Nessa situação, é importante haver o respeito ao trauma vivido pelo indivíduo e ao tempo da vítima, sendo realizado o encaminhamento para exame de corpo de delito, caso necessário<sup>28</sup>.

O segundo passo da assistência perpassa questões atinentes à integração laboral e à inclusão social. Embora, em um primeiro momento, seja necessária a introdução de intérpretes para a efetivação da comunicação entre os refugiados e as entidades de assistência social; a longo prazo, para uma integração à sociedade, é imprescindível que sejam disponibilizados cursos de língua portuguesa. Quando o refugiado lida melhor com o idioma, ganha autonomia e consegue acessar os serviços públicos com maior facilidade, desprendendo-se progressivamente do acompanhamento contínuo dos serviços de assistência.

Outra dificuldade a ser superada pelo refugiado em seu processo de integração laboral é a validação de documentos e títulos estrangeiros. Alguns documentos precisam ser legalizados no Consulado Brasileiro do país de origem, como, por exemplo, a certidão de casamento. Há, ainda, o caso da validação dos diplomas universitários que somente poderá ser realizada em universidades federais. Segundo Birol<sup>29</sup>,

26 RAIMUNDO, J. S.; CADETE, M. M. M. Escuta qualificada e gestão social entre os profissionais de saúde. *Acta Paul Enferm.* v. 25, n. 2, 2012, p. 63.

27 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

28 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

29 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 49-50. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

[...] cada Universidade Federal tem suas regras de validação (cronogramas, documentos exigidos, valor de taxa) e o processo demora em média de 06 meses a até dois anos. Há inclusive profissões cuja validação do diploma não é permitida para o exercício da profissão, devendo o estrangeiro fazer o curso superior novamente ou se submeter a um exame específico, como no caso dos diplomados em medicina.

Além disso, no curso do procedimento de validação de documentos e títulos, é necessária a tradução juramentada para que os documentos tenham validade no Brasil e, principalmente, para que esses refugiados tenham acesso ao sistema formal de educação e ao mercado de trabalho.

Portanto, nessa segunda fase, quando o refugiado já está instalado e com acesso aos serviços de assistência social, são realizados diversos encaminhamentos para a integração e a autonomia desses indivíduos: providenciar matrícula em cursos de língua portuguesa; encaminhar para legalização de documentos e para serviços de trabalho e emprego; encaminhar para serviços de tradução juramentada, etc. Eventualmente, as entidades também poderão ajudá-los a realizar questões como encontrar/alugar um local para morar, abrir conta bancária, etc.

Os refugiados, de forma geral, trazem uma grande carga de sofrimento, em razão do deslocamento forçado de seu país de origem, da perda de familiares e de bens materiais. Todos esses traumas resultam em dificuldades de integração ao novo país. Há ainda alguns casos em que o refugiado é vítima de tráfico de pessoas, o que o coloca em situação de maior vulnerabilidade. Assim, nessa segunda fase, é importante que ocorra a recuperação do trauma e a reparação do dano sofrido, no sentido de prover acompanhamento psicológico junto às ONGs e as Cáritas, bem como encaminhar para serviços jurídicos, no intuito de pleitear a reparação de danos, junto à Defensoria Pública e escritórios modelo em Universidades.

Segundo Birol<sup>30</sup>, o terceiro passo da assistência é o monitoramento. Nessa fase serão acompanhados os atendimentos que podem ser realizados de duas formas: individualmente, pelo próprio órgão ou entidade que prestou o atendimento; coletivamente, por meio de reuniões, por exemplo, do Conselho de Direitos, se ele for existente. No caso do Paraná, por exemplo, o Conselho Estadual dos Direitos dos Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná (CERMA) atua na fiscalização das políticas públicas voltadas aos refugiados e migrantes “[...] em todas as esferas da Administração Pública do Estado do Paraná, visando à garantia da promoção e proteção dos direitos dos refugiados, migrantes e apátridas.”<sup>31</sup>

Conclui-se, portanto, que a atenção ao atendimento de refugiados é ferramenta fundamental para seu empoderamento e sua emancipação social, pois uma comunicação eficiente e humanizada é a porta de entrada para a inclusão social e laboral dos refugiados no Brasil e assim garantir seus direitos da personalidade. Além disso, as informações devem ser colhidas para um mapeamento da situação de refugiados no país. Tais informações servirão de subsídios para aprimorar as políticas públicas voltadas a refugiados e aumentar a articulação da rede de apoio já existente.

---

30 BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexospesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexospesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

31 Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/conselhos-e-comites-no-brasil/>. Acesso em: 30 out. 2019.

#### 4 ARTICULAÇÃO GOVERNAMENTAL COMO PARTE INTEGRANTE DAS REDES DE APOIO: O ACNUR, O CONARE E O DMIG

No caso específico dos migrantes e refugiados, parece haver um consenso de que é preciso maior articulação entre os níveis de governo e da administração, no sentido de estabelecer com maior clareza as responsabilidades das autoridades, conforme apontado nas reuniões com a Secretaria Nacional de Justiça e o ACNUR e destacado no relatório da Organização Internacional para as Migrações. Diante dessa necessidade evidente, o ACNUR, agência da ONU que trata de refugiados, contribui para a formulação das políticas sobre refúgio e das normas que esclarecem os termos da legislação nacional sobre o tema. Para garantir uma vida digna aos refugiados no Brasil, assim como a sua integração à sociedade, o ACNUR realiza parcerias com organizações da sociedade civil em diferentes cidades do país, bem como no setor privado e na academia. Por meio do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o ACNUR se relaciona com o Governo Federal, contribuindo para a formulação das políticas sobre refúgio.

Segundo apontado no relatório da OIM<sup>32</sup>:

[...] a articulação de instâncias governamentais pode ser intensificada de diferentes maneiras – tanto pela criação de um órgão específico para implementar um plano nacional articulado quanto pela atribuição dessa função a um organismo já existente no quadro da gestão pública, ou ainda pela criação de um grupo de trabalho com diferentes entidades públicas.

Desta forma, há três caminhos possíveis. Quanto à criação de um órgão específico, constatamos que o principal órgão, no âmbito nacional, é o CONARE. A partir da promulgação do Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997), foi instituído o CONARE – órgão responsável por analisar os pedidos e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, bem como por orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, da assistência e do apoio jurídico aos refugiados. O CONARE é órgão multiministerial do qual participam o governo, a sociedade civil e a ONU (por meio do ACNUR), representados pelo Ministério da Justiça e integrados pelo Itamaraty (que exerce a Vice-Presidência), pelos Ministérios da Saúde, Educação e Trabalho e Emprego, pela Polícia Federal e por organizações não-governamentais dedicadas a atividades de assistência: o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH) e as Cáritas Arquidiocesanas de Rio de Janeiro e São Paulo. O ACNUR também participa das reuniões do órgão, porém sem direito a voto.<sup>33</sup>

Uma das funções do CONARE, estabelecida pela lei no art. 12 da lei 9474/97, é “IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados”. No entanto, conforme informações apresentadas no relatório da Organização Internacional para as Migrações nas Nações Unidas (OIM), infelizmente, o referido órgão tem se concentrado em atuar nas frentes de reconhecimento e de perda da condição do refugiado, apresentando uma estrutura pequena e um quadro restrito de funcionários, o que gera ineficiência do serviço prestado. Segundo o referido relatório<sup>34</sup>: “Com o abarrotamento de solicitações, o comitê não consegue atuar para além do tratamento desses pedidos.”

32 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Verônica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017, p. 75. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

33 Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>. Acesso em: 11 abr. 2019.

34 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Verônica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017, p. 98. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

Além disso, ao analisar a competência do Departamento Nacional de Migrações, mais uma vez encontramos ações que são compatíveis com um órgão articulador de políticas públicas para refugiados no Brasil. Entre as atribuições, encontramos:

I - estruturar, implementar e monitorar a Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia; II - promover, em parceria com os órgãos da administração pública federal e com a sociedade civil, a disseminação e a consolidação de garantias e direitos dos migrantes e dos refugiados, nas áreas de sua competência; [...].<sup>35</sup>

Assim temos dois órgãos com atribuições de organização da política pública de migrações. Vejamos: O DEMIG: “I - estruturar, implementar e monitorar a Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apátrida”; O CONARE: “IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados.”;

Assim, constata-se que há um desenho de uma política nacional de migrações, com diversos instrumentos normativos que estabelecem normas relacionadas à política de refugiados, bem como órgãos e departamentos para esse fim. No entanto, a vontade do legislador não reflete a vontade política, e os textos normativos são de pouca eficácia para garantir os direitos fundamentais e da personalidade dos refugiados, visto que há uma carência de políticas públicas que sejam suficientes e adequadas para integração social de todos os refugiados que chegam ao Brasil, em especial na inclusão ao mercado de trabalho digno. O CONARE, além de conceder vistos e autorizações aos refugiados, e a despeito de algumas ações positivas em termos de políticas públicas, poderia atuar de forma mais incisiva, exercendo o seu papel de coordenação de ações voltadas à proteção dos refugiados no Brasil.

Por meio do que foi exposto, observa-se que as atribuições para a formulação e a estruturação de uma política nacional de imigração já estão estabelecidas em instrumentos normativos. No entanto, até o presente momento, o art. 120, da lei 13.445/17 (Lei de Migração), que propõe a política nacional para migração, refúgio e apátrida, ainda não foi regulamentado. Segundo Cavalcanti<sup>36</sup>, coordenador do Observatório da Migrações da Universidade de Brasília, é fundamental a criação dessa política, pois é preciso facilitar a documentação e o acesso ao trabalho.

Desta forma, necessário que haja a regulamentação da política nacional de migração, com medidas contundentes e assertivas de distribuição clara da competência entre os órgãos executivos, especialmente com uma articulação para uma atuação conjunta entre as esferas federativas, para o acesso aos serviços públicos, notadamente, em nível municipal e estadual. No âmbito municipal, iniciativas como a Lei Municipal nº 16.478, que institui a Política Municipal para a População Imigrante no Município de São Paulo e dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Municipal de Imigrantes, merece reconhecimento. No mesmo sentido, mas no âmbito estadual, podemos citar o Plano Estadual de Políticas de Atenção a Refugiados e Migrantes. Iniciativas como essas promovem a descentralização necessária para que a atenção aos refugiados alcance as comunidades e lidem com a realidade de cada grupo.

---

35 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9662.htm). Acesso em: 11 abr. 2019.

36 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/559782-ARTIGOS-DA-NOVA-LEI-DE-MIGRACAO-AINDA-ESTAO-PENDENTES-DE-REGULAMENTACAO.html>. Acesso em: 11 abr. 2019.

Pelo que se observa, as políticas públicas e a distribuição de atribuições já existentes parecem estar localizadas no âmbito do planejamento, com pouca efetividade e especificidade no âmbito executivo, uma vez que seria necessário estipular claramente as responsabilidades e as atribuições de todos os atores e órgãos envolvidos, especialmente no âmbito municipal, bem como realizar um monitoramento de resultados constante para o aprimoramento das políticas públicas.

## **5 DEMAIS ATORES PARTICIPANTES DA REDE DE APOIO À REFUGIADOS NO BRASIL E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA INCLUSÃO LABORAL E ENFRENTAMENTO DE PRÁTICAS ILÍCITAS NA SEARA TRABALHISTA**

O trabalho decente de refugiados ainda não é uma realidade para muitas pessoas, uma vez que esses encontram dificuldades de inclusão no mercado de trabalho, devido às dificuldades para adaptação em um novo país, tais como o aprendizado de um novo idioma e os obstáculos para revalidação de títulos. Além disso, são frequentemente vítimas da exploração de patrões maliciosos que se aproveitam de sua condição de vulnerabilidade para auferir vantagens. Assim, não são raros os casos que os refugiados enfrentam condições de trabalho que violam seus direitos da personalidade, e principalmente, sua dignidade, podendo caracterizar inclusive trabalho análogo ao de escravo.

Reis e Schwartzman<sup>37</sup>, afirmam que “[...] a participação no mercado de trabalho é a principal forma de inclusão das pessoas nas sociedades modernas, e o ponto de partida de todas as análises sobre inclusão e exclusão social”. No entanto, diante das inúmeras violações na seara trabalhista e nas dificuldades de acesso ao mercado de trabalho em condições dignas, deve-se perseguir não meramente a inclusão no mercado trabalho de refugiados, mas sua inclusão em condições decentes e que primam pela dignidade do trabalhador. A Organização Internacional do Trabalho (OIT, doravante)<sup>38</sup> conceitua o trabalho decente como “A promoção de oportunidades para mulheres e homens do mundo para conseguir um trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna”.

Diante das dificuldades de inserção no mercado de trabalho e das sistemáticas violações aos seus direitos da personalidade, especialmente àquelas que violam a dignidade do trabalhador refugiado, as redes de apoio são instrumentos importantes que contribuem para inclusão de trabalhadores ao mercado de trabalho decente. Assim, o apoio prestado aos refugiados pode acontecer de diversas maneiras, seja no auxílio à inclusão laboral propriamente dita (encontrar vagas, auxiliar na revalidação de títulos, acesso à carteira de trabalho etc) ou no enfrentamento ou prevenção de ilícitos na seara trabalhista.

Para Alexander Betts e outros<sup>39</sup>, apesar da vulnerabilidade dos refugiados, deve-se promover a assistência baseada no desenvolvimento de suas capacidades, no sentido de repensar os paradigmas relacionados à assistência social. Nesse sentido, a assistência deve envolver não somente o Estado, mas a iniciativa privada, devendo ser propiciado pelo Estado um ambiente favorável para o aproveitamento de refugiados junto às empresas, como a facilitação à contratação.

37 REIS, Elisa; SCHWARTZMAN, Simon. *Pobreza e Exclusão Social: aspectos sociopolíticos*. Versão Preliminar, World Bank, 2002, p. 13. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/exclusion.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

38 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

39 BETTS, Alexander; OMATA, Naohiko; BLOOM, Louise. Thrive or survive? Explaining variation in economic outcomes for refugees. *Journal on Migration and Human Security*, v. 5, n. 4, p. 716-743, 2017. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/233150241700500401>. Acesso em: 12 dez. 2020.

Quanto ao acesso ao mercado de trabalho e, partindo da premissa que o um atendimento eficiente aos refugiados deve ser transversal e multisetorial, podem ser firmadas parcerias com órgãos como o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), para a facilitação e descentralização do procedimento de expedição da carteira de trabalho, por exemplo. É importante salientar que, durante algum tempo, à teor da portaria do Ministério do Trabalho 699/15, foi permitida a celebração de convênio com o Ministério do Trabalho para autorizar os órgãos da administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual, distrital e municipal, a prestarem o atendimento de solicitação de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) ao estrangeiro, o que possibilitou a emissão descentralizada desse documento, o que, eventualmente, poderia ocorrer em órgãos especializados no atendimento a migrantes.

Ocorre que, no ano de 2018, a portaria foi revogada e, segundo a portaria 85/2018<sup>40</sup>, atualmente vigente: “Art. 1º - A emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para imigrantes com estada legal no País será feita exclusivamente pelas Superintendências, Gerências e Agências Regionais do Trabalho, [...]”. Portanto, não há mais emissão descentralizada a órgãos municipais, devendo o imigrante ou refugiado se dirigir até a Superintendência do Trabalho, assim como os demais brasileiros.

Além disso, parcerias com o Sistema Nacional de Emprego (SINE) e as agências do trabalhador, para a divulgação de vagas específicas para refugiados, devem ser incentivadas. Nesse sentido, iniciativas como as realizadas pelo CATE Luz, do Município de São Paulo, foram reconhecidas pela OIM<sup>41</sup>, uma vez que oferecem:

[...] orientação para migrantes e refugiados procurarem vagas, ministrada por refugiados já empregados. As sessões, em francês, inglês e português, incluíram orientações sobre preparo de currículo, dicas para otimizar a busca de vagas e instruções sobre comportamento em entrevistas.

Destarte, parcerias com a iniciativa privada e com a sociedade civil são fundamentais para a oferta de vagas de emprego para os refugiados, assim como de cursos de aprimoramento quanto a empregabilidade de refugiados, por exemplo. O estudo da ACNUR<sup>42</sup> corrobora tal afirmação e descreve que as parcerias com a iniciativa privada podem ser feitas tanto para diminuir o caminho até o emprego como para atuar na conscientização das empresas sobre a situação dos refugiados no país, em termos de discriminação e aspectos legais que envolvam a contratação de refugiados. Nesse sentido, o relatório da OIM<sup>43</sup> destaca que uma alternativa cabível é o governo federal convocar empresas contratantes para realizar com o Sistema Nacional de Emprego e entidades civis.

Outra medida apontada pelo relatório da OIM é o oferecimento de incentivos fiscais e de subsídios diretos, desde que haja monitoramento acerca do comprometimento das empresas com o programa e com a legislação vigente. Nesse sentido, há o programa *Step-in* realizado

40 BRASIL. Portaria nº 85, de 18 de junho de 2018. Dispõe sobre os procedimentos para emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para imigrantes. Brasília, DF: 2018a. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/legislacao/1/PortariaInterministerialN85de18deJunhode2018.pdf/@download/file/PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%2085,DE%2018%20DE%20JUNHO%20DE%202018.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2020.

41 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Verônica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017, p. 90. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

42 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Global Trends. Forced displacement in 2018*. Genebra, Suíça: UNHCR, 2013a. Disponível em: <https://www.unhcr.org/research/evalreports/5273a9e89/labour-market-integrationresettled-refugees.html>. Acesso em: 12 jun. 2019.

43 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Verônica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

na Suécia, em que os cargos são subsidiados no setor público ou privado, e a inclusão de refugiados nesse programa, na condição de estagiário, está condicionada à participação desse indivíduo em um programa educacional de formação linguística, oferecido pelo município em meio período. O relatório da OIM<sup>44</sup> destaca, ainda, que “[...] no caso brasileiro as contratações provavelmente teriam de ser em cargos efetivos e não de estágio, como na Step-in sueca, visto que a lei brasileira de estágio exige que essa contratação esteja associada a uma condição de estudos em andamento”.

Uma solução para esse impasse legal seria incluir os refugiados na condição de aprendizes, sem a limitação de idade, atualmente prevista em lei, de 24 anos, conforme art. 428 da CLT, e como, por exemplo, ocorre com os portadores de necessidades especiais. Assim, durante o período em que estivessem cursando programas de formação linguística, seriam contratados na condição de aprendizes.

Outros atores, cuja participação é importante, são os membros da sociedade civil e do terceiro setor, sendo esse último normalmente ligado ao desengajamento do Estado em termos de ação pública. No entanto, Laville<sup>44</sup> afirma que o terceiro setor deve ser visto não como um suplemento para ausência Estatal, mas como um ator que está em interação frequente com o Estado, porque dessa interação são produzidas iniciativas solidárias inéditas mais profícuas para a sociedade.

Alguns exemplos foram reconhecidos pela OIM<sup>45</sup> como símbolos de sucesso, como o Migraflix que, a fim de incentivar a inclusão laboral desse grupo, promove cursos e eventos ministrados por migrantes e refugiados, proporcionando a esses indivíduos remuneração e divulgação de suas culturas. Segundo o referido relatório, a ONG supracitada atua na difusão cultural dos refugiados, bem como na capacitação técnica, por meio de palestras e de cursos de empreendedorismo. Segundo informações no site da organização, “[...] mais de 110 mil brasileiros já participaram das atividades da ONG, que hoje conta com 70 migrantes e refugiados vivendo em São Paulo, Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Brasília”.<sup>46</sup>

Outra iniciativa foi o Programa de Apoio para Recolocação de Refugiados (PARR, doravante), que é uma plataforma digital para conectar empregadores e refugiados mantida pela empresa de consultoria em imigração EMDOC. Segundo informações do relatório da OIM<sup>47</sup>, “[...] a plataforma convida empresas a acessar os perfis de candidatos refugiados e divulgar vagas para eles, além de agendar entrevistas”.

Por último, a participação da sociedade civil e de suas organizações são extremamente úteis e materializam a atuação democrática na vida pública. Uma organização da sociedade civil que se destaca, entre as muitas existentes, nas ações voltadas à assistência de refugiados no Brasil é a Cáritas Arquidiocesana. Sediada em várias capitais do Brasil, é um organismo da

44 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Veronica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017, p. 98. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

45 LAVILLE, J. L.; EME, B. Pour une approche pluraliste du tiers secteur. Mana, *Revue de Sociologie et d'Anthropologie*, Paris, Presses Universitaires de Caen, n. 7, jan./jun. 2000. Dossier: France/Brésil - Politiques de la question sociale.

46 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Veronica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

47 Disponível em: <https://www.migraflix.com.br/quem-somos>. Acesso em: 28 out. 2019.

48 OIM (Organização Internacional para as migrações). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Veronica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017, 93. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB, doravante), comprometido com a defesa dos direitos humanos e dedicado aos projetos de acolhimento de refugiados. A organização mantém um convênio com o ACNUR e com o Ministério da Justiça, por meio do CONARE, que tem como finalidade acolher, apoiar e orientar os solicitantes de refúgio e refugiados que chegam ao Brasil. A ação da organização está centrada em três pilares: acolhimento, proteção legal e a integração local. Além disso, trabalham em nome da organização assistentes sociais, advogados, psicólogos e voluntários que visam contribuir para o processo de acolhimento de refugiados no Brasil.

No campo do trabalho, a Cáritas promove encaminhamentos e capacitações profissionais, a fim de facilitar a integração de refugiados junto à sociedade brasileira. Destarte, a referida organização firmou parcerias institucionais para atendimento e assistências aos refugiados, entre elas o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, o Serviço Social da Indústria (SESI), o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o Serviço Social do Comércio (SESC)<sup>49</sup>.

Destarte, a rede de atendimento também deve contemplar o aprimoramento dos serviços referentes ao acesso à justiça, como aqueles oferecidos pelo Ministério Público e à Defensoria Pública. Assim, o Ministério Público do Trabalho também é um ator importante na defesa dos direitos dos refugiado pois fiscaliza as relações de trabalho em um âmbito mais amplo, no que diz respeito aos direitos sociais garantidos na Constituição. Além disso, atua em questões de interesses difusos e coletivos, como na defesa do meio ambiente de trabalho digno aos refugiados e pode se utilizar de ações civil públicas ou caso atue no âmbito extrajudicial, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), que são acordos impondo ao infrator a obrigação de fazer determinado reparo ou de cessar certas práticas, sob pena de receber sanções, como multas. Além disso, o MPT apresenta coordenadorias temáticas<sup>50</sup> que atuam diretamente em questões que atingem diretamente os refugiados, como por exemplo, a CONAETE e COORDIGUALDADE. A primeira atua, entre outras atribuições, no combate ao trabalho em condições análogas as de escravo e a segunda, no combate à exclusão social e à discriminação no trabalho.

Além disso, a participação da Defensoria Pública dos Estados e da União é de extrema importância para garantir que os refugiados tenham acessos a seus direitos e ao conhecimento sobre a legislação brasileira, especialmente àqueles voltados à defesa do meio ambiente de trabalho digno e ao combate às condições indignas de trabalho, como o trabalho análogo à escravidão. Tais violações aos direitos do trabalhador refugiado são frequentes e cabe a Defensoria Pública do país atuar, tanto para a difusão de direitos, como para promover ações judiciais nos casos de violações. Um exemplo disso é a confecção de uma cartilha de direitos básicos aos refugiados realizada pela Defensoria Estadual do Rio de Janeiro<sup>51</sup>.

No mesmo sentido, os sindicatos que poderão promover a representação junto às perante as autoridades administrativas e judiciais, com o fim de defender os interesses individuais de cada trabalhador refugiado ou coletivamente, representando a categoria. Assim, os sindicatos devem atuar na fiscalização das condições de trabalho e para a garantia

---

49 ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados). *Refugiados: proteção e assistência em São Paulo*. 2018. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refugiados\\_Proteção-e-assistência-em-São-Paulo.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refugiados_Proteção-e-assistência-em-São-Paulo.pdf). Acesso em: 9 abr. 2019.

50 Disponível em: [prt19.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/1018-ministerio-publico-do-trabalho-em-alagoas-ganha-novos-coordenadores-de-areas-tematicas](http://prt19.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/1018-ministerio-publico-do-trabalho-em-alagoas-ganha-novos-coordenadores-de-areas-tematicas). Acesso em: 09.11.2019

51 Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/67cfb0b7a5bb4e5a91d6c72b1f5e47f9.pdf>. Acesso em: 30.10.2019

dos direitos dos refugiados e, para que, dessa forma, a legislação brasileira seja cumprida, primando sempre pelo respeito aos direitos da personalidade desse grupo.

Conclui-se, assim, que a rede de apoio e atendimento aos refugiados deve ser transversal e multisetorial, no sentido de prover instrumentos de acesso ao trabalho decente mediante parcerias com a iniciativa privada e a sociedade civil. Além disso, órgãos públicos devem atuar no enfrentamento ou prevenção de ilícitos na seara trabalhista e aqui destaca-se o importante papel desempenhado pelo Ministério Público e pela Defensoria. Tais órgãos são fundamentais para atendimento, fiscalização e assessoria de refugiados, respectivamente. Dessa forma, por meio de uma rede de apoio bem articulada e que garanta o acesso ao trabalho em condições dignas, garantir-se-ão os direitos da personalidade aos refugiados.

## **6 CONCLUSÕES**

Conclui-se que a rede de apoio aos refugiados deve ser pensada como instrumento garantidor dos direitos da personalidade, em especial a dignidade. Nesse sentido, deve atender o refugiado de forma integral e condizente com suas vulnerabilidades, o que corresponde a um atendimento especializado, em que todos os atores envolvidos, além de estarem capacitados para o atendimento específico e adequado à realidade dos refugiados, dentro de sua competência, estarão conscientes do papel dos demais órgãos e entidades.

Para o sucesso do atendimento em rede e a garantia dos direitos da personalidade, há questões sensíveis que são transversais e que perpassam todas as fases do atendimento de refugiados, devendo ser levadas também em consideração durante a provisão de assistência, tais como a troca e o acesso à informação, a interpretação, a segurança, a privacidade e a confidencialidade. Além disso, o atendimento humanizado é o primeiro passo para o sucesso de políticas que fomentem a integração laboral e a inclusão social do beneficiário. Destarte, o aprimoramento das ações que permeiam as redes de apoio aos refugiados no país necessita de constante monitoramento para o aprimoramento de seus serviços.

Conclui-se, ainda, que diversos setores da sociedade podem contribuir para a construção de uma rede de apoio sólida a refugiados e que os proporcione uma vida digna no país, entre eles estão o Ministério Público, a Defensoria Pública e a iniciativa privada. Sobre essa última, muito trabalho ainda há de ser feito para a conscientização das empresas sobre a situação dos refugiados no país, em termos de discriminação e de aspectos legais que envolvam a contratação de refugiados.

Além disso, é necessária uma ação ampla coordenada do CONARE para que todos os refugiados tenham acesso a políticas públicas especialmente dedicadas a esse grupo, mormente visando uma integração social mais efetiva, inclusive com políticas para inclusão laboral. Diante da insuficiência do atendimento estatal, devido ao grande número de refugiados chegados ao Brasil, muitas ONGS e o ACNUR tem exercido esse papel com excelência e firmam parcerias pelo Brasil, em todos os níveis federativos, para a garantia dos direitos da personalidade dos refugiados.

Assim, embora o importante papel desempenhado pelo ACNUR, é urgente a regulamentação da política nacional de migração, com medidas contundentes e assertivas de distribuição clara de competência entre os órgãos executivos, especialmente com uma articulação conjunta entre as esferas federativas para o acesso aos serviços públicos, notadamente, em nível municipal.

Por último, a participação da sociedade civil e das suas organizações são extremamente úteis e materializam a participação democrática na vida pública. Uma organização da sociedade civil que se destaca, entre as muitas existentes, nas ações voltadas à assistência de refugiados no Brasil é a Cáritas Arquidiocesana. Além disso, algumas ONGs têm tido reconhecimento por seus trabalhos de excelência e suas contribuições pra a integração social e laboral de refugiados, como a Migraflix e o PARR.

Assim, conclui-se que a rede de apoio e atendimento aos refugiados deve ser transversal e multisetorial no sentido de instrumentalizar iniciativas de acesso ao trabalho decente de refugiados e àquelas destinadas a combater as explorações a que são submetidos. Sem uma rede de apoio nesses moldes, dificilmente os direitos da personalidade dos refugiados serão garantidos. Além disso, mediante parcerias com a iniciativa privada e a sociedade civil devem ser incentivadas nas mais diversas áreas de acolhimento de refugiados, tais como a inclusão no mercado de trabalho e o acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. *Global Trends. Forced displacement in 2018*. Genebra, Suíça: UNHCR, 2013a. Disponível em: <https://www.unhcr.org/research/evalreports/5273a9e89/labour-market-integration-resettled-refugees.html>. Acesso em: 12 jun. 2019.

ACNUR. *The labour market integration of resettled refugees*. UNHCR, 2013b. Disponível em: <https://www.unhcr.org/research/evalreports/5273a9e89/labour-market-integration-resettled-refugees.html>. Acesso em: 9 abr. 2019.

ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados). *Refugiados: proteção e assistência em São Paulo*. 2018. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refugiados\\_Proteção-e-assistência-em-São-Paulo.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refugiados_Proteção-e-assistência-em-São-Paulo.pdf). Acesso em: 9 abr. 2019.

AGAMBEN, Giorgio. *We refugees*. In: *Symposium: A Quarterly Journal in Modern Literatures*. Taylor & Francis, 1995. p. 117.

ARENDT, H. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BETTS, Alexander; OMATA, Naohiko; BLOOM, Louise. Thrive or survive? Explaining variation in economic outcomes for refugees. *Journal on Migration and Human Security*, v. 5, n.4, p.716-743, 2017. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/233150241700500401>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BIROL, Aline Pedra Jorge. *Guia de atendimento aos Migrantes, Refugiados, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Brasileiros Retornados, em situação de vulnerabilidade e em áreas de fronteira*. Brasília: ICMPPD (International Centre for Migration Policy Development) & Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia\\_pratico\\_de\\_atendimento\\_ao\\_migrante\\_final.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/guia_pratico_de_atendimento_ao_migrante_final.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da Personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Prefácio à obra de SARLET, Ingo Wolfgang*. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, P.; WACQUANT, L. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press. 1992.

BRASIL. *Portaria nº 85, de 18 de junho de 2018*. Dispõe sobre os procedimentos para emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para imigrantes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ed. 117, p. 52, 20 jun. 2018.

CONTEPELLI, Ernani. Governança Global, Dignidade Humana e Refugiado (ou Deslocados) Ambientais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 30, 2016.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avanços e desafios da transversalidade nas políticas públicas federais voltadas para minorias*. In: IPEA. *Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas*. v. 3. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro\\_BrasilDesenvEN\\_Vol03.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_BrasilDesenvEN_Vol03.pdf). Acesso em: 7 abr. 2019.

LAVILLE, J. L.; EME, B. *Pour une approche pluraliste du tiers secteur*. *Mana, Revue de Sociologie et d'Anthropologie*, Paris, Presses Universitaires de Caen, n. 7, jan./jun. 2000. Dossier: France/Brésil - Politiques de la question sociale.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

NEVES, Marília Nogueira. Rede de atendimento social: uma ação possível. *Revista da Católica*, Uberlândia, v.1, n.1, p.147-165, 2009. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/solucao\\_em\\_rede/rede\\_de\\_atendimento\\_-\\_acao\\_possivel.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/solucao_em_rede/rede_de_atendimento_-_acao_possivel.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

OLIVEIRA, P. A. R. *Fé e Política: fundamentos*. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

OIM – Organização Internacional para as migrações. *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Marcelo Torelly, coordenador; Aline Khoury, Luís Renato Vedovato, Verônica Korber Gonçalves. – Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, 2017. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica\\_de\\_refugio\\_no\\_brasil\\_VOLUME2.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAIMUNDO, J. S.; CADETE, M. M. M. Escuta qualificada e gestão social entre os profissionais de saúde. *Acta Paul Enferm.* v. 25, n. 2, p. 61-67, 2012.

REIS, Elisa; SCHWARTZMAN, Simon. *Pobreza e Exclusão Social: aspectos sociopolíticos*. Versão Preliminar, World Bank, 2002. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/exclusion.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 71.

SILVA, Taís Cerqueira. *Rede de Enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres / Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 05 out. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WHITAKER, F. *Rede: uma estrutura alternativa de organização*. Disponível em: [http://www.inforum.insite.com.br/arquivos/2591/estrutura\\_alternativa\\_organizacao.PDF](http://www.inforum.insite.com.br/arquivos/2591/estrutura_alternativa_organizacao.PDF). Acesso em: 05 out. 2019.

---

**Recebido em:** 26.06.2020

**Aprovado em:** 22.02.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

A articulação das redes de apoio aos refugiados no Brasil e suas contribuições aos direitos da personalidade. SILVA, Leda Maria Messias da; TEIXEIRA, René Dutra. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.61-81, maio/ago. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/11/DIR44-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# SERVIÇO PÚBLICO, ATIVIDADE ECONÔMICA, OS REGIMES JURÍDICOS E AS FORMAS DE DELEGAÇÃO ESTATAL PREVISTAS NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

## PUBLIC SERVICE, ECONOMIC ACTIVITY, THE LEGAL REGIMES AND THE STATE-DELEGATION ESTABLISHED IN THE BRAZILIAN TELECOMMUNICATIONS LAW

Daniel Francisco Nagao Menezes<sup>1</sup>  
André Pessoa Ayres<sup>2</sup>

**RESUMO:** Os serviços públicos e as atividades econômicas (em sentido estrito) não estão sujeitos ao mesmo regime jurídico. No setor de telecomunicações não é diferente, uma vez que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) prevê que os serviços de telecomunicações poderão ser explorados em regime público e em regime privado, a depender do tipo de serviço. Os serviços explorados pelo regime privado estão sujeitos aos princípios da atividade econômica e devem ser autorizados. A autorização administrativa envolve bastante polêmica, principalmente quanto ao fato de ser ou não discricionária. Essa polêmica ficou ainda mais em evidência com a edição da Lei n. 13.879/2019, que passou a permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização. Assim, utilizando-se o método dedutivo, chega-se à conclusão de que nem todos os serviços de telecomunicações devem se sujeitar ao regime jurídico público, próprio dos serviços públicos, bem como que o conceito de autorização administrativa vem evoluindo e que não mais deve-se ter a ideia que o instrumento é sempre discricionário e precário.

**Palavras-chave:** autorização; regime jurídico privado; telecomunicações.

**ABSTRACT:** The public services and the economic activities (in strict sense) are not subjected to the same legal regime. Things are not different in the telecommunications sector, as the Brazilian Telecommunications Law (Federal Law nº 9.472/97) foresees that the telecommunication services can be exploited through a public or a private legal regime, depending on the service's nature. The services exploited through the private legal regime are subjected to the economic activities principles and they must be authorized. The administrative authorization is very controversial, mainly because part of the doctrine states that it is always a discretionary act and part states that it could be a discretionary or a bounded act. This controversy got even bigger with the issuing of Federal Law n. 13.879/2019, especially because it allowed services subjected to the public regime, that were conceded (public service concession), to adapt to the authorizations regime. Therefore, by using the deductive method, it is possible to conclude that not all telecommunication services should be subjected to the public legal regime, and also that the concept of the administrative authorization is evolving, which is the reason why it is incorrect to assume that the authorization will always be a discretionary and precarious act.

**Keywords:** authorization; private legal regime; telecommunications.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela FADUSP. Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

## 1 INTRODUÇÃO

O setor de telecomunicações é bastante sujeito às inovações tecnológicas, o que faz com que a legislação vigente tenha dificuldades para acompanhar todas as mudanças do setor. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) é de 1997, ou seja, já é uma lei que tem mais de 20 anos.

Originalmente, a Constituição Federal de 1988 previa um tratamento às telecomunicações, dentro da lógica de um modelo de Estado burocrático, responsável direto pela prestação de serviços públicos, como estratégia para criação de Estado de Bem-estar no Brasil. A lógica do Estado burocrático, necessário para o contexto brasileiro, começa a ser demonstrando no governo de Fernando Collor e, o desmonte do Estado é radicalizado no governo de FHC com a “onda” de privatizações, acreditando que isto traria dinamismo para economias atrasadas como a brasileira.

Isto posto, buscará o artigo debater um dos pontos mais polêmicos da legislação, a fim de fomentar a discussão sobre uma possível necessidade de revisão dos tópicos explorados. Assim, utiliza-se o método dedutivo para buscar resposta para o principal problema da pesquisa: qual a real natureza da autorização administrativa, prevista na lei como vinculada, quando a doutrina clássica a classifica como discricionária?

Inicialmente, o artigo aborda a da diferenciação entre atividades econômicas e serviços públicos, importante porque cada qual possui um regime jurídico de exploração diferente. Discute-se se a Lei Geral de Telecomunicações faz essa diferenciação, ou se todos os serviços ali constantes são serviços públicos.

Na sequência, foca-se nos regimes jurídicos previstos na Lei Geral de Telecomunicações. A Lei divide os serviços em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Além disso, estabelece que os serviços podem ser explorados através de um regime público ou através de um regime privado. O regime público se aproxima do regime dos serviços públicos, ao passo que o regime privado se aproxima do regime das atividades econômicas (em sentido estrito). Parte da doutrina entende que o regime privado seria inconstitucional e outra parte defende sua aplicação. Defende-se, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, que o regime privado é aplicável e necessário para o desenvolvimento econômico do país.

Ato contínuo, trata-se dos instrumentos de delegação dos serviços de telecomunicações. Esclarece-se que os serviços sujeitos ao regime público só podem ser explorados por particulares através de contrato de concessão e, eventualmente, permissão de serviço público. Os serviços sujeitos ao regime privado serão autorizados. Destaca-se as polêmicas envolvendo a autorização administrativa, em especial quanto à afirmação da Lei Geral de Telecomunicações de que as autorizações seriam vinculadas. Esclarece-se que o conceito das autorizações administrativas evoluiu, não sendo mais correto afirmar que o instrumento sempre será discricionário.

## 2 SERVIÇOS PÚBLICOS, ATIVIDADES ECONÔMICAS E OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. É uma questão histórica e cada Estado desenvolve um modelo particular. Logo, não é possível dizer que exista um serviço público por natureza ou por essência, idêntico em todas as nações.

Diversos motivos levam determinado Estado a considerar uma atividade como serviço público, entre os quais pode-se citar a necessidade de propiciar o serviço aos menos

favorecidos, suprir carência da iniciativa privada, ordenar o aproveitamento de recursos finitos e controlar a utilização de materiais perigosos<sup>3</sup>.

Assim, os serviços públicos não podem ser definidos *a priori*, pois emergem do estado natural das relações sociais e variam no decurso do tempo.

A maioria dos autores que se debruçaram sobre o desafio de criar um conceito de serviço público afirmava que o serviço público reunia três elementos: *a) subjetivo* – que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade, assim o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; *b) material* – que considera a atividade exercida, assim o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; e *c) formal* – que considera o regime jurídico, assim o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Uma simples leitura da Constituição Federal de 1988, permite concluir que esta não trouxe em seu texto, um conceito do que seria serviço público, mas forneceu algumas diretrizes, alguns referenciais que seriam próprios dos serviços públicos.

A doutrina, por sua vez, traz conceitos que merecem transcrição, como o de Ruy Cirne Lima<sup>4</sup>, que esclarece que serviço público é o:

(...) serviço existencial à Sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.

Eros Roberto Grau<sup>5</sup> segue os ensinamentos de Ruy Cirne Lima, afirmando que:

(...) assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima).

É importante estabelecer uma noção de serviço público, em especial para não confundir com as atividades econômicas, uma vez que os regimes jurídicos aplicáveis são distintos. A Lei Geral de Telecomunicações trabalha com essa diferenciação, prevendo serviços considerados públicos e serviços sujeitos aos princípios das atividades econômicas<sup>6</sup>.

Isto posto, convém esclarecer que a atividade econômica em sentido amplo é um gênero, do qual figuram como espécies o serviço público, a atividade econômica em sentido estrito e a atividade econômica ilícita. O serviço público ainda se divide em privativo e não privativo.

Atividade econômica, em sentido amplo, é algo que gera riqueza mediante a extração, transformação e distribuição de recursos naturais, bens e serviços, tendo como finalidade a satisfação de necessidades humanas, como educação, alimentação, segurança, entre outros.

A atividade econômica em sentido amplo vem prevista nos arts. 170 e 174 da Constituição Federal.

Atividades econômicas em sentido estrito são todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de especulação lucrativa. São de titularidade do setor privado, desenvolvidas no regime da livre iniciativa. As atividades econômicas em sentido estrito vêm previstas no art. 173 da Constituição Federal.

---

3 RIVERA, Luis José Béjar. *Uma Aproximação à Teoria dos Serviços Públicos*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

4 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82.

5 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 131.

6 KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.30.

Convém destacar que apesar de atividades econômicas em sentido estrito serem de titularidade do setor privado, será possível a exploração direta pelo Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou quando presente relevante interesse público (cláusula aberta). A exploração de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado deve acontecer através de Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, nos termos do § 1º do art. 173 do texto constitucional.

As atividades ilícitas são atividades econômicas em sentido amplo, cujo exercício é vedado pela lei, como por exemplo a produção e o comércio de drogas para fins comerciais.

Sobre os serviços públicos devem ser feitas algumas observações. Os serviços públicos são um dever do Estado – o Estado é obrigado a prestar o serviço à população. A maioria dos serviços públicos é de titularidade privativa do Estado, ou seja, o Estado é o titular exclusivo e os particulares somente poderão explorar esse serviço através de um ato de delegação formal do Estado, como a concessão de serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal).

Existem, todavia, serviços públicos que não são de titularidade privativa do Estado, como a educação e a saúde. Estes podem ser explorados pelo setor privado, independentemente de ato formal de delegação. Discute-se na doutrina se esses serviços serão sempre considerados serviços públicos ou se quando explorados por particulares seriam atividades econômicas em sentido estrito.

O quadro abaixo, de elaboração própria e baseado no trabalho de Eros Roberto Grau, permite melhor visualizar a classificação em questão:



Fonte: elaboração própria.

Quanto aos serviços de telecomunicações, estabelece a Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XI, que compete à União explorá-los diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Percebe-se, assim, que o legislador originário colocou os serviços de telecomunicações como sendo um serviço de titularidade da União, logo um serviço público. Portanto, para que os particulares explorem os serviços de telecomunicações será necessário um ato formal de delegação estatal, como a concessão, a permissão e a autorização.

É o que explica Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup>:

Dentre os serviços apontados como da esfera da União – não dos particulares; não, portanto, como pertinentes à esfera de exploração de atividade econômica – estão os “serviços de telecomunicações”. Estes, pois, não apenas por sua índole (“existenciais à coletividade em um momento dado”), mas por uma decisão constitucional explícita (art. 21, XI) são incluídos no

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e telecomunicações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725>. Acesso em: 31 maio 2020.

âmbito daquelas atividades que o Estado reputa de tal importância que ele mesmo pretendeu responsabilizar-se por elas e atribuir-lhes uma disciplina protetora de molde a resguardar os interesses dos usuários de tais serviços.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), por sua vez, indica a existência de regimes público e privado para a exploração dos serviços de telecomunicações, esclarecendo que os serviços explorados no regime privado serão regidos pelos princípios das atividades econômicas. Isto leva a crer que foi feita uma divisão – parte dos serviços de telecomunicações são serviços públicos e parte são atividades econômicas em sentido estrito.

Sendo assim, o particular estará diante de situações jurídicas distintas, a depender do tipo de serviço de telecomunicações a ser explorado. A tabela abaixo elucida bem as diferenças a serem enfrentadas:

Aspecto do Regime Jurídico	Particular que explora serviço público	Particular que explora atividade econômica
<i>Necessidade de outorga do Estado</i>	Sim (arts. 21, XI e XII, e 175 da CF)	Não (art. 170, parágrafo único, da CF)
<i>Ato do Estado de que depende o início da atividade</i>	Concessão, permissão ou autorização (arts. 21, XI e XII, e 175 da CF)	Licença ou autorização, se exigida em lei (art. 170, parágrafo único, da CF)
<i>Direito à atuação no setor</i>	Não tem. O direito nasce com a outorga, que o Estado não é obrigado a dar.	Tem, desde que atenda aos requisitos eventualmente impostos pela lei
<i>Condição do exercício da atividade</i>	Licitação (art. 175 da CF)	O preenchimento das condições legais
<i>Prazo de exploração</i>	Limitado. É aquele previsto no ato de outorga (art. 23 da Lei de Concessões)	Permanente
<i>Obrigação de prestar o serviço continuamente</i>	Tem, inclusive quando o Estado não cumpre suas obrigações, até o trânsito em julgado de decisão judicial que o libere (art. 23 do CC)	Não tem
<i>Direito de determinar a extensão da atividade</i>	Não tem. O particular adere às condições fixadas pelo Estado (art. 18, I, da Lei de Concessões)	Tem, respeitadas eventuais proibições legais
<i>Contraprestação</i>	Tarifa (art. 9º da Lei de Concessões)	Preço privado
<i>Liberdade na cobrança da contraprestação</i>	Variável de acordo com a política adotada pela Administração (art. 175, parágrafo único, III, da CF)	Total, proibido, porém, o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, da CF)
<i>Direito à exclusividade na exploração do serviço</i>	É possível (art. 16 da Lei de Concessões)	Não há (art. 170, IV, da CF)
<i>Propriedade dos bens empregados no serviço</i>	É do Estado, se o bem for reversível (art. 18, X, da Lei de Concessões)	Do particular
<i>Possibilidade de transferência do controle da empresa</i>	Depende da concordância do Estado (art. 27 da Lei de Concessões)	É livre, mas o CADE pode agir para evitar a formação de cartéis
<i>Fiscalização do Estado</i>	Muito intensa, quase sem restrições (art. 30 da Lei de Concessões)	Restrita
<i>Obrigação de prestar contas ao Estado</i>	Há (art. 23, XIII, da Lei de Concessões)	Não existe esta obrigação
<i>Condições para subcontratar</i>	A Lei hoje admite (art. 25, § 1º, da Lei de Concessões)	Não se põe o problema
<i>Responsabilidade perante terceiros</i>	Regida pelo art. 37, § 6º, da CF	Regida pelo Código Civil
<i>Oferecimento dos direitos sobre o 'negócio' em garantia de financiamento</i>	Limitado, deve corresponder a montante que não comprometa a operacionalização e continuidade do serviço (art. 28 da Lei de Concessões)	Livre
<i>Possibilidade de intervenção do Estado da administração da empresa</i>	Existe (arts. 29, III, e 32 a 34 da Lei de Concessões)	Não existe (salvo casos excepcionais, como bancos e hospitais)

<i>Perda do direito à exploração da atividade por inobservância de seus deveres quanto ao serviço</i>	Medida normal (caducidade, art. 38 da Lei de Concessões)	Excepcional
<i>Possibilidade de ser beneficiário de desapropriação ou servidão administrativa</i>	Sim (art. 29, VIII e IX, da Lei de Concessões)	Não (entendimento adotado pelo STF)
<i>Direito de discriminar consumidor</i>	Não tem	Não tem

Fonte: Informativo Licitações e Contratos – ILC, Suplemento Especial n. 1 – abril 1997

Contudo, a existência do regime privado para serviços de telecomunicações envolve bastante polêmica, inclusive quanto ao ato formal de delegação para a exploração destes serviços – a autorização.

### **3 DOS REGIMES JURÍDICOS PREVISTOS PARA A EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

A Lei Geral de Telecomunicações trata de atividades econômicas em sentido estrito e de serviços públicos. Prevê que determinadas atividades estarão vinculadas a um regime público e que outras estarão vinculadas a um regime privado.

Assim, nem todo serviço de telecomunicações está sujeito a um regime jurídico de direito público, inerente aos serviços públicos.

Isto posto, cumpre entender como a Lei Geral de Telecomunicações estruturou o setor, verificando quais os critérios utilizados para considerar uma atividade serviço público e outra não.

Inicialmente, é importante destacar que a Lei previu, em seu artigo 62, que os serviços de telecomunicações se classificam em *serviços de interesse coletivo* e em *serviços de interesse restrito*.

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

A Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998, regulamentou os serviços de telecomunicações e esclareceu o que significaria cada uma das classificações, conforme abaixo transcrito:

Art. 17. Serviço de telecomunicações de *interesse coletivo* é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação.

Parágrafo único. Os serviços de *interesse coletivo* estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração atenda aos interesses da coletividade.

Art. 18. Serviço de telecomunicações de *interesse restrito* é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação.

Parágrafo único. Os serviços de *interesse restrito* só estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique os interesses da coletividade.

Verifica-se, deste modo, que os serviços de interesse coletivo são aqueles abertos a todos, sem discriminações, ao passo que os serviços de interesse restrito são aqueles que não são disponibilizados ao público em geral. Assim, os serviços de interesse coletivo necessitam observar condicionamentos na sua exploração, já os serviços de interesse restrito são de livre exploração, devendo apenas não prejudicar os serviços de interesse coletivo.

Os serviços de interesse restrito são explorados em regime de livre concorrência, sem controle de preços e sujeitando apenas a autorizações, que ainda podem ser dispensadas. Já os serviços de interesse coletivo sofrem regramentos mais intensos.

O Anexo ao Ato nº 3.807/99 da ANATEL discriminou quais serviços correspondem a cada uma das categorias:

i - São classificados, quanto aos interesses a que atendem, como *coletivo* os seguintes serviços:

Telefônico Fixo Comutado, destinado ao uso do público em geral  
De TV a Cabo  
De Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal  
De Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite  
Especial de Televisão por Assinatura  
Especial de Radiochamada  
Avançado de Mensagem  
Especial de Radiorecado  
Especial de Frequência Padrão  
Especial de Boletim Meteorológico  
Especial de Sinais Horários  
Móvel Global por Satélite  
Radiocomunicação Aeronáutica  
Móvel Celular  
Rede de Transporte de Telecomunicações  
Móvel Especializado  
Rádio Taxi Especializado  
Telestrada

ii - São classificados, quanto aos interesses a que atendem, como *restrito* os seguintes serviços:

Especial para Fins Científicos e Experimentais  
Especial de Radioautocine  
Limitado Privado  
Limitado de Radioestrada  
Limitado Estações Itinerantes  
Móvel Privado  
Rádio Taxi Privado  
Radiochamada Privado  
Rede Privado  
Móvel Aeronáutico  
Rádio do Cidadão  
Radioamador

As classificações dos serviços de telecomunicações não se limitam apenas ao interesse envolvido. A Lei Geral de Telecomunicações, em seus artigos 63 e 64, também determinou que os serviços de telecomunicações estarão sujeitos a *regime jurídico público* ou a *regime jurídico privado*, de diferente nível de regulação estatal.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em *públicos e privados*.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em *regime público* é

o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no *regime público* as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Pela leitura dos artigos acima transcritos é possível perceber a similaridade e a vinculação entre os serviços de interesse coletivo e os serviços a serem explorados no regime jurídico público, tendo em vista que devem ser disponibilizados a qualquer interessado, garantindo-se a universalização e a sua continuidade.

Neste sentido, cumpre citar o disposto no artigo 65 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização (Redação dada pela Lei nº 13.879, de 2019).

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Observa-se, portanto, que os serviços de interesse coletivo e os serviços de interesse privado podem ser explorados exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou até mesmo concomitantemente nos dois regimes.

Contudo, há de se observar que o § 1º trazia a observação de que a depender da essencialidade do serviço de interesse coletivo, este deveria, sem falta, ser explorado no regime público, ainda que não exclusivamente. A exigência se justificava pela necessidade de se garantir a universalização e a continuidade do serviço considerado essencial.

Com a edição da Lei n. 13.879/2019, a redação foi alterada e passou a prever que as modalidades de serviço de interesse coletivo, ainda que essenciais, podem ser deixadas para a exploração no regime privado (exclusivamente), desde que não estejam sujeitas a deveres de universalização. Percebe-se, portanto, que nem toda atividade classificada como de interesse coletivo está sujeita a deveres de universalização, muito em função da evolução do mercado, da sociedade e dos serviços. Uma universalização que antes era fundamental pode deixar de ser, de acordo com as necessidades da sociedade.

A essencialidade do serviço a justificar a exploração através do regime jurídico público será definida pelo Poder Executivo, nos termos do artigo 18 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

O Plano Geral de Outorgas, citado no inciso II do artigo acima transcrito, foi instrumentalizado através do Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008, e teve como objetivo estabelecer que o *serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral* seria prestado nos regimes público e privado (art. 1º), bem como que aos demais serviços se aplicaria apenas o regime privado (art. 3º).

Sobre a questão explica Dinorá Grotti<sup>8</sup>:

Não se trata de reservar algumas atividades ao Estado. A lei prevê claramente que o serviço coletivo pode ser prestado exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes públicos e privado (art. 65), cabendo ao Presidente da República definir as modalidades de serviço que serão exploradas no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado (art. 18, I e II da L.G.T), definindo de antemão que o serviço de telefonia fixa comutada (L.G.T., art. 64, parágrafo único) seria, desde logo, explorado por alguma prestadora em regime público, o que daria uma certa maleabilidade ao modelo.

(...)

Ficou definido que somente o “serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral” será prestado no regime público, mesmo assim, admitindo-se sua exploração concomitantemente no regime privado, sendo os demais serviços e prestadores sujeitos a autorizações, em regime privado (arts. 1º, 3º e 9º).

Diante do acima exposto, é forçoso concluir que, por uma decisão de política pública, ficou estabelecido que apenas o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral seria prestado em regime público e que os demais serviços seriam explorados no regime privado.

O parágrafo único do art. 64 da Lei Geral de Telecomunicações corroborava a assertiva, uma vez que previa que as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral, seriam prestadas no regime público. Contudo, com a edição da Lei n. 13.879/2019, o dispositivo foi revogado, de modo que nem mesmo este tipo de serviço está vinculado, exclusivamente, ao regime público.

Resta, agora, compreender quais as características inerentes a cada um dos regimes.

O regime jurídico público vem previsto nos supracitados artigos 63 e 64, onde foi estabelecido que o serviço (de interesse coletivo) prestado neste regime será explorado mediante concessão ou permissão e, ainda, que existirá a obrigação de universalização e continuidade. Para o serviço explorado no regime público é um dever da União garantir a sua universalização e continuidade.

Assim, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Milene Coscione<sup>9</sup>, “há, portanto, correspondência entre o perfil conferido pela LGT aos serviços de telecomunicações prestados em regime público e o perfil associado aos tradicionais serviços públicos, especialmente no que tange à sua essencialidade traduzida no dever de o Poder Público garantir a todos o acesso contínuo a esses serviços”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup> também traz importante observação sobre a vinculação do regime público e dos serviços públicos:

---

8 GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. R. Dir. Adm., 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>. Acesso em: 18 maio 2020.

9 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 143.

Em nenhum momento o legislador se refere ao serviço de telecomunicações como serviço público; no entanto, quando fala que o serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, está fazendo uma afirmação que implica necessariamente reconhecimento de que se trata de serviço público, já que a concessão e a permissão têm por objeto a delegação da execução de um serviço público; onde não existe serviço público próprio do Estado, não cabe falar em concessão e permissão de serviço público.

(...)

O que realmente o legislador quis fazer, repita-se, foi considerar como serviço público apenas uma parte do serviço de telecomunicações, deixando a outra parte livre à iniciativa privada, que ficará sujeita tão somente à autorização (entenda-se licença) do Poder Público, como tantas outras atividades privadas submetidas ao poder de polícia do Estado.

Deste modo, considerando que o serviço de telecomunicações a ser explorado no regime público é um serviço público, ou seja, de titularidade estatal, só poderá ser prestado por particulares caso haja um ato formal de delegação estatal, no caso a concessão de serviço público, nos termos do artigo 83 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, *mediante concessão*, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. *Concessão de serviço de telecomunicações* é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Já os serviços a serem explorados no regime privado não dependem de uma relação contratual a ser firmada através de um contrato de concessão. A exploração destes serviços é pautada nos princípios constitucionais da atividade econômica, conforme previsto no artigo 126 da Lei Geral de Telecomunicações<sup>11</sup>, o que leva à conclusão de que estes serviços são atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, não há que se falar em concessão de serviço público para a exploração dos serviços vinculados a esse regime, de modo que serão explorados através de autorizações administrativas, nos termos do artigo 131 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 131. A exploração de serviço no *regime privado* dependerá de prévia *autorização* da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º *Autorização de serviço de telecomunicações* é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

---

<sup>11</sup> Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.<sup>31</sup> Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/conselhos-e-comites-no-brasil/>. Acesso em: 30 out. 2019.

Ante o acima exposto, cumpre novamente citar Dinorá Grotti<sup>12</sup>, que traz relevante explicação sobre as diferenças entre os regimes público e privado:

O que muda substancialmente nos serviços públicos em regime público e privado é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos: a) não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não contratual, advinda de uma autorização; b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito.

Contudo, há quem entenda que o regime privado citado na Lei não teria razão de existir, pois se confundiria com o regime público e seria, assim, inconstitucional. Neste sentido, cita-se Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>:

Eis, pois, que ao lume dos dispositivos mencionados, é desnecessário discutir ou por reparos em quaisquer tolices ou contradições até infantis da Lei nº 9.472, as quais, de resto, não passariam de meras tolices se não fossem grosseiramente inconstitucionais, como o tal suposto “regime de direito privado” para a prestação de certos serviços.

Deveras, é visível que o conjunto de preceptivos citados, tanto como o fato das autorizações serem a título oneroso (art. 48, § 1º, da Lei nº 9.472) e eventualmente pendente de licitação (art. 136, § 2º) torna óbvio que dito regime não é de direito privado e nada tem a ver com aquele previsto no artigo 170 da Constituição.

Com efeito, em regime de direito privado, alguém já ouviu falar da necessidade de pagar ao Estado para exercer atividade livre à iniciativa privada, como, por exemplo, para instalar uma indústria, uma fábrica de bicicletas ou para abrir um armazém de secos e molhados? Ou de licitar para abrir uma farmácia, uma papelaria? Ou de alguma autarquia expedir normas e padrões para os equipamentos que prestadores de serviços, como os barbeiros ou os tradutores irão utilizar (art. 19, XVII)? Ou a expedição de regras para determinar a maneira como os encanadores ou prestadores de serviços de informática deverão agir na prestação dos sobreditos serviços (art. 19, inciso X)? Ou “compor administrativamente conflitos entre empresas privadas” (art. 19, XVII)?

De toda sorte, se se quiser – ainda que quase inocuamente – chamar de regime de direito privado o que está previsto na lei nº 9.472 para as atividades em questão, nem por isto ficará despido da pleora de imposições aludidas, as quais também a ele expressamente se reportam e colocam o Estado na obrigação de adotar zelosas providências assecuratórias da melhor qualidade e generalização do serviço, como de resto ocorre em relação aos serviços públicos em geral.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>14</sup> também considera que a Lei Geral de Telecomunicações é inconstitucional por conta do regime privado previsto, conforme abaixo explicado:

---

12 GROTTI, Dinorá Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *R. Dir. Adm.*, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e telecomunicações. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725>. Acesso em: 31 maio 2020.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 143 e 144.

Essa conclusão é reforçada pela norma do art. 126 da Lei nº 9.472, em cujos termos “a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica”. Vale dizer que submeteu a atividade aos princípios do art. 170, em especial o da livre iniciativa, consagrado no caput do dispositivo. E também ao art. 173, segundo o qual, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Com isso, a Lei nº 9.472 inverteu o sentido da norma do art. 21, XI, com relação a uma parte dos serviços de telecomunicações; esse serviço, cuja titularidade foi atribuída em sua totalidade à União, que tem a possibilidade de delegar a execução ao particular, passou a ser considerado atividade privada, que a União só pode executar por motivo de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. Com a agravante de que a lei não definiu as hipóteses em que o serviço é considerado de interesse restrito e, portanto, passível de prestação em regime privado; deixou à Anatel a incumbência de fazê-lo, em mais uma ofensa ao princípio da legalidade.

É evidente que a sistemática adotada na lei, nessa parte, afronta o art. 21, XI, da Constituição, que não permite essa distinção entre os dois tipos de serviço de telecomunicações. O que a lei fez foi privatizar (não a execução do serviço, como ocorre na autorização, permissão ou concessão) mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra fundamento na Constituição.

(...)

A sistemática adotada na Lei nº 9.472, se considerada vantajosa em relação a anterior, dependeria, para ter validade, de alteração da Constituição. Sua adoção por lei que se revela, sob muitos aspectos, inconstitucional constitui apenas um dos exemplos dos avanços do direito administrativo em relação ao constitucional, em franco desprestígio à nossa Constituição e ao princípio da segurança jurídica, que fica seriamente abalado por normais legais de duvidosa ou, às vezes, flagrante inconstitucionalidade, e, portanto, de incontestável fragilidade, porque passíveis de impugnação perante o Poder Judiciário.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Milene Coscione<sup>15</sup>, todavia, discordam das posições acima transcritas, uma vez que admitem a existência do regime privado para as atividades econômicas em sentido estrito:

O STFC apresenta-se hoje como o único serviço de telecomunicações prestado em regime público (art. 64, parágrafo único).

(...)

Tal escolha legislativa deve-se ao caráter de essencialidade que impeliu o Poder Público, repise-se à época de edição da LGT, a assegurar o acesso contínuo e universal dos administrados especificamente a esse serviço de telecomunicações.

Todas as demais espécies de serviços de telecomunicações compreenderiam atividades econômicas (em sentido estrito) passíveis de exploração tão somente por particulares, exceto quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173 caput, da CF).

---

15 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

No que tange aos serviços de telecomunicações explorados sob o regime privado, é importante destacar que este se baseia nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126 da LGT).

Tende-se a seguir a posição que admite a existência do regime privado, considerando ser inviável considerar que todo e qualquer serviço de telecomunicações deva seguir ao regime jurídico público, dos serviços públicos. Os serviços de telecomunicações são alvo de constantes inovações tecnológicas e a legislação vigente deve acompanhar as mudanças, sob pena de prejudicar a população que faz uso dos serviços.

A questão vem sendo alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.668/DF proposta pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Partido dos Trabalhadores, pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Socialista Brasileiro. A decisão final ainda não foi proferida, mas já foi analisado pedido em sede cautelar, sendo este parcialmente deferido. É objeto de análise a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações, sob vários aspectos, mas destacando-se a coexistência do regime público com o regime privado. Sobre esse aspecto, cumpre transcrever parte dos votos proferidos que indeferiram o pedido cautelar:

Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado - e aberto ao público.

Em países como o nosso, com imensa dimensão territorial, podemos citar como exemplo o sistema de comunicação usado nos rios da Amazônia. Há um sistema de comunicação usado pela Polícia Federal, no Alto Juruá, no Amazonas, ao qual tem acesso público. Então, temos que a Agência poderá estabelecer essa forma de comunicação.

Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância, razão pela qual dirijo do emitente Ministro-Relator, e, no que diz respeito ao inciso III do art. 65, peço vênia para inferi-lo (Ministro Nelson Jobim).

---

Sr. Presidente, peço vênia ao Ministro-Relator para acompanhar o Ministro Nelson Jobim.

Não me parece, à vista da alteração constitucional do inciso XI do art. 21 da Constituição, que haja a impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, má ou boa, a inspiração da revisão constitucional (Ministro Sepúlveda Pertence).

Verifica-se, assim, que a questão é bastante polêmica, dando margem a diversas interpretações. Mas, por ora, há de se concluir que os dois regimes existem, são vigentes e constitucionais.

Logo, considerando as classificações de serviços públicos, atividades econômicas em sentido estrito, serviços de interesse coletivo, serviços de interesse restrito, serviços sujeitos ao regime jurídico público e dos serviços sujeitos ao regime jurídico privado, pode-se concluir que: a) o serviço de interesse restrito não comporta a prestação em regime público<sup>16</sup>;

---

16 Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

b) dos serviços de telecomunicação existentes, apenas o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral está sujeito ao regime jurídico público; c) tendo o Poder Executivo decidido por vincular a exploração deste serviço a regime jurídico público, há de se considerar que se trata de um serviço público; d) sendo um serviço público, será o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral outorgado à iniciativa privada apenas através de concessão de serviço público (art. 83 - polêmica); e) os demais serviços de telecomunicações não foram vinculados ao regime jurídico público, de modo que não existe o dever de universalização e continuidade, o que os afasta do regime dos serviços públicos; f) não sendo serviços públicos, estarão os serviços sujeitos ao regime privado, inerente às atividades econômicas em sentido estrito; e que g) os serviços sujeitos ao regime privado serão autorizados.

Ademais, cumpre agora desvendar como funcionam os instrumentos de delegação mencionados, em especial a concessão e a autorização. Faz-se o alerta de que, nos termos do art. 210 da Lei Geral de Telecomunicações, as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente pela Lei Geral de Telecomunicações, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

#### **4 DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

A Lei Geral de Telecomunicações estabelece que os serviços de telecomunicações de regime público serão explorados mediante *concessão* ou *permissão*, ao passo que os serviços de regime privado serão explorados mediante prévia *autorização* da ANATEL. Destacam-se, abaixo, os textos legais que trazem essas previsões:

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante *concessão* ou *permissão*, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade (art. 63).

(...)

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante *concessão*, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

(...)

Art. 118. Será outorgada *permissão*, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. *Permissão de serviço de telecomunicações* é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

(...)

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia *autorização* da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º *Autorização de serviço de telecomunicações* é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

Conforme antes já exposto, o Poder Executivo definiu que apenas o serviço telefônico fixo comutado se sujeitará ao regime público, sendo, portanto, a única hipótese sujeita ao contrato de concessão de serviço público. O Poder Executivo poderá estabelecer que outros serviços também se sujeitem ao mesmo regime, mas isto até agora não foi feito.

Outrossim, considerando que as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995, não se aplicam à Lei Geral de Telecomunicações, há de se concluir que a mencionada concessão de serviço público será regida por um regime especial.

Quanto às permissões, destaca-se que a Lei Geral de Telecomunicações seguiu a doutrina clássica administrativista ao determinar que servirá apenas para suprir situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço, possuindo caráter transitório até que seja normalizada a situação excepcional, o que reforça a característica da precariedade do instrumento.

Assim, nas palavras de Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>17</sup>, “a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública”. O artigo 123 e seu § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações, corroboram a assertiva: “Art. 123. A revogação deverá basear-se em razões de conveniência e oportunidade relevantes e supervenientes à permissão. § 1º A revogação, que poderá ser feita a qualquer momento, não dará direito a indenização”.

A concessão e a permissão previstas na Lei Geral de Telecomunicações não possuem grandes questões polêmicas. Contudo, o mesmo não pode ser dito quanto à autorização.

A autorização prevista na Lei Geral de Telecomunicações gerou bastante controvérsia, principalmente porque a Lei trouxe ao instrumento características que não lhe eram inerentes de acordo com a doutrina administrativista majoritária.

Previu o § 1º do art. 131 que a autorização seria um *ato vinculado* a ser concedido quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. Contudo, a autorização administrativa sempre foi conhecida por ser um *ato discricionário e precário*.

Neste sentido, cumpre trazer alguns conceitos do instrumento. Cid Tomanik Pompeu<sup>18</sup> define a autorização administrativa como:

Ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, objetivando atender diretamente a interesse público ou privado, respectivamente, de entidade estatal ou de particular, que sem tal outorga seria proibida.

(...)

A definição de autorização administrativa apresentada identifica o instituto de acordo com as formas em que é predominantemente utilizado no direito brasileiro, que o entende como ato discricionário que faculta a prática de ato jurídico, administrativo ou não, e o exercício de atividade material, na qual pode estar incluído, também, o uso privativo de bem público, desde que vise atender interesse imediato do autorizado e não a interesse geral, pois, então, estar-se-ia diante de outros institutos: da permissão, se a outorga fosse mediante ato e da concessão, se por meio de contrato. A predominância foi salientada porque, como observado, as leis federais sobre radiodifusão, telecomunicações e águas, inovando o direito objetivo pátrio, a instituem sob a forma de ato vinculado.

---

17 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 133.

18 POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.199- 200.

Deve-se ter presente que, em alguns casos, os textos legais, jurisprudenciais ou doutrinários estão utilizando o termo no sentido comum e não no de instituto do direito. Em outras ocasiões, o instituto da autorização administrativa pode estar sendo aplicado de forma incorreta, uma vez que, mais apropriado ao caso, seria outro tipo de ato.

Diógenes Gasparini<sup>19</sup>, por sua vez, assim define a autorização:

É o ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada. Por ser discricionária, não está o Poder Público obrigado a agir conforme a solicitação que lhe fora feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais. São dessa natureza os atos que autorizam a captação de água de rio público. Os direitos outorgados por essa espécie de ato são, em tese, precários. Em face dessa característica, a ninguém é dado exigí-la da Administração Pública, conforme decisão do STJ, proferida por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 72-DF (DJU, 7 ago. 1989), ou impedir sua revogação (RT, 655:176). A expressão, anote-se, é muitas vezes utilizada com o sentido e o regime da permissão, conforme se vê no § 3º do art. 100 da Lei Orgânica do Município de Cubatão, em São Paulo.

A Constituição Federal, por sua vez, usa esse vocábulo no inciso XII do art. 21 como uma das modalidades de que se pode valer a União para transferir a exploração de serviços de sua competência. Assim, mediante autorização, a União pode trespassar a exploração, por exemplo, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações ou os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>20</sup> também segue a mesma linha, definindo a autorização conforme abaixo transcrito:

A autorização, sim, é ato administrativo, unilateral e precário, que se presta para serviços públicos emergenciais, não constantes.

De conseguinte, a autorização conserva suas características de ato (e não de contrato), de conteúdo parcialmente discricionário, unilateral e precário, porque passível de ser revogado, quando necessário ao interesse público.

Sirva de exemplo a autorização que vier a ser dada para, durante greves, empresas de turismo prestarem serviços de transporte à população. Ou, em determinados acontecimentos relevantes, qualquer serviço, sem natureza constante, cuja necessidade seja absolutamente aleatória ou passageira.

Está prevista não apenas no texto constitucional, como também na Lei 8.987/1995.

De acordo com os conceitos expostos pode-se perceber que a doutrina classifica a autorização de maneira diversa da que foi estabelecida na Lei Geral de Telecomunicações, uma vez que enquanto a Lei considera que a autorização é um ato vinculado a ser concedido quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias, a doutrina entende que a autorização é um ato discricionário e precário. Assim, considerando a divergência apontada, se faz necessário compreender qual o sentido correto para a expressão 'autorização' utilizada.

Parte dos doutrinadores que já se debruçaram sobre o tema entende que a Lei Geral de Telecomunicações utilizou indevidamente o termo autorização, e que o correto seria ter utilizado *licença*. A doutrina administrativista sempre diferenciou licenças e autorizações justamente por aquela ser vinculada e essa discricionária.

---

19 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.123

Seguindo essa linha de pensamento, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>21</sup>:

Na realidade, a doutrina do direito administrativo brasileiro é praticamente unânime em distinguir autorização e licença pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda. No caso de que se trata, tem-se que entender que o vocábulo autorização, na Lei nº 9.472, foi utilizado indevidamente, no lugar de licença.

Fácil é intuir a razão dessa confusão terminológica, em nada benéfica para os estudiosos do direito administrativo e constitucional. O legislador precisava dar uma aparência de constitucionalidade ao tratamento imprimido à matéria de serviço de telecomunicações. Como a Constituição fala em autorização, permissão e concessão, era necessário manter essa terminologia, ainda que de autorização não se trate.

(...)

Também não tem sentido a utilização indevida do instituto da autorização, quando outro existe no direito brasileiro, inteiramente aplicável à situação descrita na lei.

Dinorá Grotti<sup>22</sup> compartilha do entendimento acima:

Sendo a atividade livre à iniciativa privada, sua execução constitui direito subjetivo do particular que preencha os requisitos legais; à Administração Pública incumbe apenas verificar se os requisitos estão presentes e, em caso afirmativo, conferir a licença, como ato vinculado, e não a autorização, que deve ser reservada aos atos discricionários.

Outra parte da doutrina entende que o conceito de autorização teria evoluído, de modo que não seria mais correto o conceito tradicional de autorização acima exposto. É o que explica Alexandre Wagner Nester<sup>23</sup>:

A noção tradicional de autorização atendia às necessidades da época anterior à realidade vivenciada a partir da Constituição de 1988. A evolução do conceito veio a reboque da evolução dos fatos e da necessidade de o direito dar conta a cenários cada vez mais complexos, com a ampliação das situações concretas a serem atendidas e conformadas pelos instrumentos jurídicos.

Logo, se outrora a noção de autorização como ato unilateral, precário e discricionário – que habilita o favorecido ao exercício de uma atividade privada em princípio vedada pela lei, ou faculta o uso de um bem público – era suficiente, isso não mais ocorre.

A figura da autorização pode se prestar a diversos usos, sem prejuízo da concessão e da permissão. É o que se tem visto nos diferentes setores em que ela tem sido empregada, mesmo a contragosto da doutrina.

É preciso saber aproveitar a elasticidade do conceito de autorização para aplicá-lo onde puder ser utilizado de forma eficiente e eficaz. Essa tarefa cabe ao direito positivo, conforme a realidade o exigir. À doutrina cabe o papel de interpretar o direito positivo, sem engessamento que prejudique o manejo adequado dos instrumentos postos à disposição.

Almiro do Couto e Silva<sup>24</sup> foi outro autor a estudar a questão das autorizações e o

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.142;144.

22 GROTTI, Dinorá Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *R. Dir. Adm.*, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>. Acesso em: 18 maio 2020.

23 WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.125-126.

24 SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? RDA 230/59, Rio de Janeiro, Renovar, out.-dez. 2002.

conflito existente entre a sua definição clássica e a trazida pela Lei Geral de Telecomunicações, chegando à conclusão de que as autorizações vinculadas estariam em harmonia com a Constituição Federal, conforme abaixo transcrito:

Em lugar de lapso, uma impropriedade ou um “cochilo” do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção – que, no caso, se confunde com própria ratio legis – foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo. A ela será dado escolher entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

(...)

Conquanto um critério de definição de serviço público a partir das formas ou espécies pelas quais ele possa ser delegado a terceiros seja lógica ou cientificamente insustentável, de qualquer maneira, a coexistência desses três termos, autorização, concessão e permissão, no corpo da Constituição, a qual não pode ter expressões incongruentes, excrescentes ou inúteis, obriga o intérprete a buscar o adequado sentido de cada um deles dentro do sistema.

(...)

Por certo, se a Constituição ao usar determinada expressão ou conceito o faz invariavelmente no sentido que lhe atribui a doutrina, ao qual não se contrapõem princípios contidos, expressa ou implicitamente na própria Constituição, poder-se-á daí tirar acertadamente a conclusão de que a Constituição incorporou ao seu texto conceito em sentido rigorosamente técnico-jurídico. Ocorre, porém, que nem todos os conceitos jurídicos são unívocos e aceitos indiscrepantemente na doutrina. Por outro lado, no ponto que nos interessa, parece ter ficado claro que a Constituição nem sempre emprega a palavra “autorização” como sinônimo de ato administrativo discricionário, concessivo de alguma vantagem, geralmente a título precário. Ou, com outras palavras, o conceito constitucional de “autorização” é mais amplo do que o corrente do direito administrativo nacional, compreendendo tanto atos discricionários, como atos vinculados, que a doutrina chama de licença.

Seguindo essa linha de pensamento, chega-se a perceber que a autorização para prestar serviço público de telecomunicações em regime privado, com a natureza de ato vinculado, como prevista na legislação ordinária, está em perfeita harmonia com a Constituição, não só no que tange às disposições do inciso XI, do art. 21, como também com o princípio da igualdade.

Marçal Justen Filho<sup>25</sup> segue a mesma linha de raciocínio, não verificando prejuízo na existência de autorizações discricionárias e de autorizações vinculadas:

A expressão autorização tem sido utilizada na Constituição e nas leis em diversas acepções.

Segundo a concepção tradicional, a autorização é um ato administrativo editado no exercício de competência discricionária, tendo por objeto o desempenho de uma atividade privada, o exercício de um direito ou a constituição de uma situação de fato, caracterizada pelo cunho de precariedade e revogabilidade a qualquer tempo.

A autorização também é utilizada para indicar o ato administrativo unilateral e precário editado no exercício de competência discricionária que faculta a um particular a prestação de serviço público ou o uso temporário de bem público. O problema reside em que o vocábulo autorização passou a ser utilizado em

---

25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.257-258.

situações incompatíveis com as ideias acima expostas. Assim, por exemplo, o art. 170, parágrafo único, da CF/1988 alude à autorização para o exercício de atividade econômica, o que não se compatibiliza com a concepção de uma competência discricionária.

Por igual, o art. 21, XI e XII, da CF/1988 refere-se à autorização para a exploração por particulares de atividades que, em princípio, são configuradas como serviço público. Nesses casos, autorização é utilizada em sentido próximo ao de licença.

Em muitos casos, a outorga da autorização pressupõe a realização de licitação e se faz a prazo certo. Assim se passa, por exemplo, no tocante aos serviços de telecomunicação prestados em regime privado.

Não existe, portanto, um sentido único e predeterminado para o vocábulo autorização. Mas é possível reconhecer que a figura da autorização tem sido usualmente utilizada para indicar atos administrativos que são destinados a facultar a um particular, o desempenho de atividades privadas dotadas de relevância perante terceiros ou vinculadas à satisfação de um interesse coletivo. Em muitos casos, o desempenho da atividade autorizada é facultativa. Assim se passa no caso das profissões regulamentadas (tal como a advocacia). Em outros, a outorga da autorização acarreta a obrigatoriedade da implantação e manutenção da atividade, e a cessação do seu exercício impõe a extinção da autorização. É o que se verifica, por exemplo, no tocante aos serviços de telefonia móvel celular.

Portanto, é indispensável identificar o sentido jurídico atribuído ao vocábulo “autorização” em cada caso concreto.

Se a autorização tiver sido outorgada por prazo certo, condicionada ou não ao preenchimento de determinados requisitos, não se admite a sua revogação mediante simples invocação de conveniência administrativa.

Jacinto Arruda Câmara<sup>26</sup> dedicou um artigo para tratar das autorizações administrativas vinculadas no setor de telecomunicações, merecendo destaque o abaixo transcrito:

Há uma definição fortemente arraigada na cultura jurídica nacional, segundo a qual, por autorização, quer-se designar um “ato administrativo de natureza discricionária” e, em geral, por essa característica, normalmente precária, que pode ser extinta (revogada) de maneira unilateral, sem que proporcione qualquer direito a indenização em favor do autorizado.

Essa ideia, porém, não se vê reproduzida em toda legislação. É possível encontrar relevantes exemplos de autorizações que contrariam esse modelo doutrinário. Exemplo marcante desse descompasso – que, justamente por isso, elegi como objeto de análise – é o da autorização criada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT) (Lei nº 9.472m de 16 de julho de 1997). Ao contrário do que apregoa a clássica doutrina brasileira, o legislador optou por atribuir a esse instrumento de outorga segurança e estabilidade jurídica. (...)

O sentido dado pela LGT à autorização para prestar serviços de telecomunicações não obedeceu ao figurino traçado pela doutrina tradicional brasileira. Na legislação do setor, referido instrumento foi concebido para viabilizar a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado. Regime este que, por definição do Poder Executivo, é aplicável a todos os serviços de telecomunicações, inclusive ao serviço de telefonia fixa (STFC), que o admite no sistema de concomitância com o regime público.

Por esta aplicação já se percebe que a receita reproduzida nos manuais, de acordo com a qual a autorização seria um instrumento precário e discricionário para exercício de determinada atividade, não é adequada ao

---

26 ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.587 e ss.

perfil instituído pela LGT. E a lei bem acentuou tais diferenças.

A ausência de precariedade está bem marcada quando se prevê, para a hipótese de extinção da autorização por razões de interesse público, um prazo mínimo de cinco anos para a prestadora continuar explorando o serviço. Se houver necessidade de paralisação imediata da exploração do serviço em regime privado, a lei assegura o direito à indenização prévia da autorizatária, prevendo como mecanismo para efetivação desta medida a desapropriação. É o que dispõe o art. 141 da LGT.

(...)

Noutro ponto relevante para a presente análise, a LGT foi ainda mais direta. Deveras, já na própria definição do instrumento buscou-se afastar a equivocada ideia de que a expedição desses atos (as autorizações para prestar serviços de telecomunicações) dependeria de análise discricionária da Agência. Isto foi feito ao caracterizar a aludida autorização como ato vinculado.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que o uso do termo “autorização” causou grande controvérsia, mas que boa parte da doutrina já vem se posicionando do sentido de que a autorização pode ser utilizada com caráter vinculativo e não precário, sem que isso seja causa de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Jacinto Arruda Câmara<sup>27</sup> conclui, neste sentido, que:

É inegável a existência de autorizações vinculadas, que podem conviver com autorizações de outro tipo, marcadas pela discricionariedade e precariedade. É o que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo na experiência internacional.

Assim, apontado e superado o conflito quanto às autorizações da Lei Geral de Telecomunicações, surge outro questionamento.

A Lei diferenciou os regimes públicos e privados, destacando que este último seria regido pelos princípios das atividades econômicas, o que remete ao princípio da livre iniciativa. Contudo, o instrumento que torna possível essa exploração da atividade econômica, a autorização, também pode vir a estabelecer condicionamentos para tanto.

É o que se depreende do art. 128 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

- I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
- III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
- IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

É o que explicam Floriano de Azevedo Marques Neto e Milene Coscione<sup>28</sup>:

---

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.597.

28 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 65.

O tema é certamente passível de amplo debate, já que, dependendo do nível de compromisso que se venha a impor, haverá desnaturação do regime privado de prestação dos serviços de telecomunicações, na medida em que esses compromissos tenderão a se aproximar ou de obrigações de universalização ou de continuidade. Não bastasse isso, esses compromissos podem ter fortíssimo impacto no plano da competição, como já destacado ao se tratar das assimetrias regulatórias.

Isto posto, e considerando que os serviços autorizados estão sujeitos aos princípios da atividade econômica (art. 126 da LGT), não poderia o Estado impor condicionamentos que viessem a reduzir ou retirar os princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal, como a livre concorrência e a livre iniciativa. Contudo, nos dias atuais vem sendo cada vez mais difícil a identificação de um regime jurídico específico para serviços públicos e para atividades econômicas.

Vitor Rhein Schirato<sup>29</sup> esclarece essa dificuldade de diferenciar os dois regimes jurídicos:

O entendimento doutrinário existente parte do pressuposto de que os serviços públicos são dotados de um regime jurídico específico, próprio, nada semelhante ao aplicável às atividades econômicas exploradas com fundamento no artigo 173. Tal distinção pode até ter sido clara um dia, mas hoje não mais, de sorte que, segundo entendemos, não há como se partir do crivo do regime da atividade para diferenciar serviço público e o de atividade econômica.

(...) com os processos de liberalização e abertura pelos quais os serviços públicos passaram nos últimos anos, tornou-se muito dificultosa a identificação de um regime jurídico típico de serviço público e um regime jurídico típico das atividades econômicas.

(...)

De outro bordo, atividades que antes eram serviços públicos deixaram de sê-lo, passando a ser atividades econômicas sujeitas a uma forte regulação estatal e, não raro, continuaram sendo prestadas pelo Estado em condições muito semelhantes, o que torna impossível identificar com clareza em quais casos se trata de serviço público e em quais casos das demais atividades econômicas. Ademais, a sujeição de uma enorme plêiade de atividades a uma complexa e severa regulação estatal faz desaparecer a noção de que as atividades econômicas seriam demarcadas por um regime jurídico de ampla liberdade de iniciativa. Cada vez mais, impinge-se às atividades econômicas em regime de obrigações provenientes de normas públicas, em razão de seu acentuado grau de essencialidade para a satisfação das necessidades coletivas. Entretanto, não se cria sobre essas atividades um serviço público senão mecanismos de controle exercidos pelo Estado, para satisfação dos interesses da coletividade.

A livre iniciativa não é um direito absoluto, sendo possível a imposição de limites e restrições, mas deve haver um controle para que os condicionamentos impostos pelo Estado não tornem a atividade inviável para os parâmetros de uma atividade econômica em sentido estrito. A Lei Geral de Telecomunicações foi clara ao estabelecer no art. 126 que a exploração dos serviços sujeitos ao regime privado seria baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica e o texto legal não pode ser ignorado.

Neste sentido, a fim de se preservar a natureza do regime, admite-se, até mesmo, que a mesma atividade seja explorada em regimes jurídicos diferentes. É o que se chama de assimetria de regimes.

---

29 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.127-128.

É o que explica Vitor Rhein Schirato<sup>30</sup>:

Aditado à possibilidade de concorrência na prestação dos serviços públicos sem assimetria de regimes, há a possibilidade de concorrência com assimetria de regimes, ou seja, com a existência de agentes exploradores da atividade em regime de concorrência e sujeitos a regimes jurídicos distintos. Consoante entendimento de Floriano Marques Neto, a assimetria de regimes pode ser definida como a existência de 'agentes econômicos sujeitos a uma incidência regulatória díspar, mas que competem na exploração de uma mesma atividade pública'. Vale dizer, seria o fenômeno segundo o qual dentro de uma mesma atividade considerada serviço público haja agentes sujeitos a regimes jurídicos distintos.

A necessidade de se diferenciar bem os regimes jurídicos aos quais determinada atividade está adstrita ficou mais evidente, considerando a edição da Lei n. 13.879/2019, que trouxe a possibilidade de adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Geral de Telecomunicações possui diversas peculiaridades, entre as quais a existência do duplo regime de exploração dos serviços de telecomunicações – público e privado e a exigência de autorização vinculada, não precária, para a exploração de serviços sujeitos ao regime privado.

A doutrina fica bastante dividida quando discute os temas acima destacados. Parte entende que o regime jurídico previsto seria inconstitucional, uma vez que todo e qualquer serviço de telecomunicações seria um serviço público, por conta do previsto no inciso XI do art. 21 da Constituição Federal. A outra parte não vê inconstitucionalidade na existência do regime privado, seguindo o entendimento da lei de que as atividades sujeitas a este regime seguem os princípios da atividade econômica. A questão vem sendo debatida no Supremo Tribunal Federal, mas ainda se aguarda uma decisão final da Corte. Não se vislumbra, contudo, que todos os serviços de telecomunicações sejam considerados serviços públicos, principalmente porque isto prejudicaria a população e os indivíduos que usufruem dos serviços.

Quanto às autorizações administrativas exigidas para a exploração dos serviços sujeitos ao regime privado, discute-se o previsto na Lei Geral de Telecomunicações de que seriam atos vinculados, não precários. A doutrina mais tradicional entende que o vocábulo autorização foi utilizado de maneira equivocada pela Lei, de modo que deveria ter sido utilizado o termo licença. A doutrina mais moderna segue o entendimento de que a autorização pode ser utilizada de diversas maneiras e que não necessariamente seria sempre um ato discricionário e precário.

Também são alvo de discussão os condicionamentos impostos por estas autorizações, tendo em vista que a Lei é clara ao prever que os serviços explorados no regime privado estão sujeitos aos princípios das atividades econômicas, de modo que estes condicionamentos não podem prejudicar a livre iniciativa e a concorrência, sob pena de aproximar demais os regimes público e privado.

A imposição de um regime privado parece uma medida acertada. Os serviços de telecomunicações estão em constante evolução e o estabelecimento de um regime jurídico

---

30 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.288.

público único seria prejudicial para o desenvolvimento do mercado e que, atenda à finalidade pública. A competição estimula o desenvolvimento tecnológico. Concorde-se com a assertiva de que não podem existir condicionamentos em demasia no regime privado, pois isso poderia comprometer a sua razão de ser.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Serviço público e telecomunicações. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725>.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- GASPARINI, D. *Direito administrativo*. 16. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- GROTTI, D. M. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *R. Dir. Adm.*, 2001. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- KILMAR, C. M.; NOHARA, I. P. D. *Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- LIMA, R. C. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MARQUES NETO, F. de A.; COSCIONE, M. L. R. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- POMPEU, C. T. *Autorização administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RIVERA, L. J. B. *Uma Aproximação à Teoria dos Serviços Públicos*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- SCHIRATO, V. R. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? *RDA 230/59*, Rio de Janeiro, Renovar, out./dez. 2002.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. *Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45093>. Acesso em: 17 nov. 2019.

WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017.

---

**Recebido em:** 01.06.2020

**Aprovado em:** 05.11.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

MENEZES, Daniel Francisco Nagao; AYRES, André Pessoa. Serviço público, atividade econômica, os regimes jurídicos e as formas de delegação estatal previstas na lei geral de telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.82-105, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/11/DIR44-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

# RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AO TEMPO DO CONSUMIDOR

## CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE TO THE CONSUMER'S TIME

Cristofer Paulo Moreira Rocha Silva<sup>1</sup>  
Michael César Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** Respalhando-se no mandamento da Constituição da República de 1988 que institui a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, bem como no reconhecimento do consumidor como parte vulnerável na relação de consumo, demandando atuação imperativa do Estado, o artigo objetiva verificar se é, ou não, pertinente a responsabilização do fornecedor, na hipótese de este desencadear a perda do tempo do consumidor. Para tanto, demonstra-se alguns contornos do direito do consumidor, abordando-se, também, a responsabilidade civil na contemporaneidade, além de demonstrar a relevância do tempo para a vida do ser humano. Conclui-se pela possibilidade de responsabilizar o fornecedor que privar o consumidor de gozar o seu tempo, devendo sempre se observar o caso concreto, a fim de aferir as reais consequências do ato ilícito, o qual apresenta o potencial de afetar a esfera patrimonial e extrapatrimonial do consumidor. Adota-se o método dedutivo, caracterizado pela apresentação de premissas (leis, princípios, decisões judiciais, entendimentos doutrinários) e sua consequente explicitação, bem como o acolhimento da linha crítico metodológica, a fim de que haja a análise crítica das obras, legislações e decisões judiciais consultadas. A técnica utilizada é a bibliográfica.

**Palavras-chave:** dano temporal; direito do consumidor; responsabilidade civil; teoria do desvio produtivo do consumidor.

**ABSTRACT:** Supporting the mandate of Constitution of the Republic of 1988 that establishes consumer protection as a fundamental right and guarantee, as well as the recognition of consumers as a vulnerable part of the consumption relationship, demanding imperative action by the State, the article aims to verify if the supplier's liability is relevant, in the event that it triggers the consumer's waste of time. Therefore, some contours of consumer law are demonstrated, also addressing civil liability in contemporary times, in addition to demonstrating the relevance of time for human life. Concludes that it is possible to hold the supplier responsible for depriving the consumer of enjoying his time, always observing the specific case, in order to assess the real consequences of the illegal act, which has the potential to affect the patrimonial and off-balance sheet sphere of the consumer. The deductive method is adopted, appropriate for the presentation of premises (laws, principles, court decisions, doctrinal understandings) and their consequent explanation, as well as the acceptance of the critical methodological line, so that there is a critical analysis of the consulted works, articles, laws and judgments. The technique used is bibliographic.

**Keywords:** Temporal damage; Consumer right; Civil liability; Theory of consumer productive deviation.

---

1 Pós-graduando em Direito Civil pela PUC Minas. Graduado pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Pesquisa "Perspectivas do Direito Civil-Constitucional na Contemporaneidade" na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. ORCID n. 0000-0001-5204-3203. E-mail: cristofer\_paulo@outlook.com.

2 Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pesquisa da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Líder do Grupo de Pesquisa "Perspectivas do Direito Civil-Constitucional na Contemporaneidade" na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado. Mediador Judicial credenciado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ORCID n. 0000-0002-1142-4672. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br.

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se em uma *sociedade do consumo*, na qual a aquisição de produtos e serviços não só é estimulada, mas também necessária para manter o mercado em pleno funcionamento. No entanto, embora este paradigma contemporâneo possibilite uma série de benefícios para o corpo social, tem-se, por conseguinte como efeitos colaterais, o surgimento de inúmeras possibilidades de danos ao consumidor, que se encontra em posição de patente vulnerabilidade em relação ao fornecedor no âmbito das relações jurídicas de consumo.

Logo, percebe-se a urgência de se coibir os abusos perpetrados pelos fornecedores e promover a tutela do consumidor no mercado de consumo. Com este propósito, a Constituição da República de 1988, em seu Art. 5º, XXXII, consagrou, como direito fundamental, a *defesa do consumidor*, tendo como um de seus desdobramentos a implementação da proteção específica do consumidor, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Para além de tais disposições normativas, a doutrina e a jurisprudência têm dedicado esforços para efetivar a proteção do consumidor, discutindo inúmeras situações em que se faz necessária a atuação do Estado para coibir novos atos ilícitos praticados pelos fornecedores no desenvolvimento de sua atividade econômica no mercado de consumo.

Neste contexto, impõe-se uma análise crítica, reflexiva e dialógica sobre a multiplicidade de danos que permeiam a sociedade contemporânea, com a finalidade de contribuir para que a responsabilidade civil apresente novos contornos na contemporaneidade.

Dentre esses debates, destaca-se a possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao fornecedor pela *perda de tempo do consumidor*<sup>3</sup>, pois, não se demonstra adequado, a princípio, o fornecedor retirar, ilicitamente, o tempo do consumidor, que poderia utilizá-lo para o que melhor lhe aprouver, seja praticar uma atividade física, seja utilizá-lo para estudar, trabalhar, mas também quedar-se em ócio.

O problema da pesquisa se estabelece na discussão da (im)possibilidade de responsabilidade civil do fornecedor que tomar de forma indevida o tempo do consumidor.

A justificativa esbarra-se no fato de que a referida discussão se encontra inacabada, ainda que com manifestações de alguns Tribunais pátrios e da doutrina, sendo necessário que haja uma construção sólida sobre a temática.

Logo, a presente pesquisa demonstra sua pertinência justamente por lançar luzes sobre a referida controvérsia, com o objetivo de contribuir para a construção doutrinária e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil pelo dano ao tempo do consumidor.

O objetivo da pesquisa é aprofundar estudos sobre a responsabilidade civil no microsistema normativo do Direito do Consumidor, com a finalidade de se verificar a possibilidade de responsabilizar o fornecedor que provocar danos ao consumidor, na medida em que lhe suprime tempo útil. Deste modo, pretende-se encontrar o significado e o fundamento para tal possibilidade de dano, bem como os contornos de sua eventual aplicação, com o propósito de contribuir para o fortalecimento da proteção do consumidor.

O método adotado é o dedutivo, o qual se caracteriza por ser “um processo que faz referência aos dados de nossa experiência ou às normas e regras em relação a leis e princípios gerais e ao maior número de casos que a eles possam ser referidos”<sup>4</sup>, apresentando “como

3 Nesse sentido, remete-se a leitura de: DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017.

4 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 23.

objetivo explicitar o conteúdo das premissas”<sup>5</sup>. Adota-se, ainda, a linha crítico metodológica, de forma que se analisará a realidade das decisões judiciais, bem como dos escritos doutrinários, com a devida criticidade e argumentação. A técnica adotada é a bibliográfica.

Com relação a ordem de apresentação das ideias, no artigo, inicialmente será exposto um breve esboço do Direito do Consumidor, a fim de aclarar a necessidade de sua proteção específica; em sequência, debater-se-á a responsabilidade civil na contemporaneidade, abordando os efeitos da Constituição da República sobre o modelo jurídico, os desafios da responsabilidade civil ante aos novos riscos que a sociedade contemporânea se encontra sujeita e a faceta multifuncional da responsabilidade civil; em outro momento, será debatido a importância do tempo na contemporaneidade, bem como a sua natureza jurídica; e, antes de concluir, discutir-se-á se realmente é possível a responsabilidade civil do fornecedor que causar dano temporal ao consumidor.

## 2 DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A partir da Primeira Revolução Industrial, tornou-se possível produzir produtos em maiores quantidades, havendo a necessidade de estimular o consumo. Todo esse movimento culminou na criação do paradigma da *sociedade do consumo*, em que se registra, cada vez mais, a aquisição de produtos e serviços, alguns necessários para a subsistência humana, mas tantos outros destinados ao conforto e aprimoramento da qualidade de vida, de modo que, ao adquirir e utilizá-los, as pessoas sentem-se realizadas e felizes.

Em uma descrição dos hábitos humanos na contemporaneidade, Jean Baudrillard discorre sobre a sociedade do consumo, ao afirmar que:

À nossa volta, existe hoje uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objectos, dos serviços, dos bens materiais, originando como que uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana. Para falar com propriedade, os homens da opulência não se encontram rodeados, como sempre acontecera, por outros homens, mas mais por objectos. O conjunto das relações sociais já não é tanto o laço com os seus semelhantes quanto, no plano estatístico segundo uma curva ascendente, a recepção e a manipulação de bens e de mensagens, desde a organização doméstica muito complexa e com suas dezenas de escravos técnicos até ao “mobiliário urbano” e toda a maquinaria material das comunicações e das actividades profissionais, até ao espectáculo permanente da celebração do objecto na publicidade e as centenas de mensagens diárias emitidas pelos “mass media”; desde o formigueiro mais reduzido de quinquilharias vagamente obsessivas até aos psicodramas simbólicos alimentados pelos objectos nocturnos, que vêm invadir-nos nos próprios sonhos. [...] Vivemos o tempo dos objectos: quero dizer que existimos segundo o seu ritmo e em conformidade com a sua sucessão permanente. Actualmente somos nós que os vemos nascer, produzir-se e morrer, ao passo que em todas as civilizações anteriores eram os objectos, instrumentos ou monumentos perenes, que sobreviviam às gerações humanas<sup>6</sup>.

As afirmações do referido autor vêm de encontro com a realidade humana. É inegável que o anseio de consumir tem se manifestado em parcela significativa da população, de

5 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 23.

6 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade do consumo*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p.15-16.

tal modo que, progressivamente, busca-se conquistar bens materiais, sendo que alguns destes, em pouco tempo de uso, perdem sua serventia ou deixam de ser interessante para o consumidor.

Com o consumo em massa, passa-se a registrar, também, a ampliação da complexidade nas relações consumeristas,

[...] à medida que o produto industrial e os serviços prestados tornaram-se mais sofisticados, o consumidor passou a necessitar de mais informações, carecendo de educar-se mais a respeito do assunto. À luz dessa problemática, os governantes, embora situados no Estado liberal, que se mantinha afastado das relações privadas, passaram a sofrer pressão popular, no sentido da necessidade de intervenção na economia, sob o argumento da vulnerabilidade do consumidor. Diante do gigantismo dos fornecedores de produtos e serviços, traduzido pelo controle do processo produtivo e dos bens de produção, tornou-se mais que evidente a fragilidade do consumidor.<sup>7</sup>

Portanto, se a princípio a ideia era de que os avanços industriais, científicos e do mercado fossem trazer tão somente benefícios para o corpo social, percebe-se, a partir do século XX, que o consumidor é um agente vulnerável<sup>8</sup>, considerando-se os abusos do mercado e as fragilidades desse sujeito<sup>9</sup>, havendo uma presunção de vulnerabilidade material, formal, econômica e informativa, entre os sujeitos da relação de consumo, de tal modo que o consumidor carece de uma proteção especial, individual ou coletivamente, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>.

Sem dúvida, há *flagrante distanciamento entre consumidor e fornecedor no mercado de consumo*, fazendo com que o legislador criasse um sistema de soluções específicas que atendam às necessidades dos consumidores.<sup>11</sup> [...] *Esse estado de vulnerável justifica a presença do Estado para que as relações fiquem menos desiguais, para que haja uma relação mais justa entre as partes*. Evidente que em outras relações privadas (relações civis ou empresariais) pode existir vulnerabilidade ou assimetria, mas essa não é a principal característica desses sistemas.<sup>12</sup>

7 BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, p. 248-265, 2004, p. 249.

8 "O conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, "que pode ser ferido", de *vulnerare*, "ferir", de *vulnus*, "ferida") refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, o qual pode, em situações contingenciais, ser "vulnerado". Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos. Determinados seres humanos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou vulnerados" (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.42).

9 SCHMITT, Cristiano Heineck. O idoso e os contratos de planos de seguros de saúde. In: MENDES, Gilmar Ferreira; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.284.

10 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.149-150.

11 Neste mesmo sentido, "o fenômeno do consumerismo e o advento da sociedade de consumo encontram-se diretamente relacionados com a proteção do consumidor, que exsurge para coibir os abusos impostos pelos grandes conglomerados econômicos aos contratantes (consumidores). Havia, também, a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam eficazmente novos interesses identificados como coletivos e difusos". (SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.21, p.40, 2º semestre 2013. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/10/D21-C03.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019)

12 DENSA, Roberta. *Proteção jurídica da criança consumidora: entretenimento, classificação indicativa, filmes, jogos, jogos eletrônicos, exposição de arte*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p.36.

Com o propósito de reduzir a disparidade existente entre consumidor e fornecedor, o Constituinte de 1988 estabeleceu como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor (Art. 5º, XXXII, CR/88)<sup>13</sup>, na medida em que o Estado assume o necessário papel de tutela do consumidor<sup>14</sup>, que deve se manifestar não só na esfera legislativa - como ocorreu em 1990, com o advento do microsistema jurídico de tutela do consumidor<sup>15</sup>, que se perfectibilizou por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC) -, mas também do uso de sua força e instituições para dar efetividade a proteção do consumidor, sendo indispensável a atuação conjunta do Poder Legislativo, Executivo e do Judiciário, bem como das instituições *sui generis*, como o Ministério Público, dentre outros.

Ao abordarem a consagração do direito fundamental da defesa do consumidor, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem lecionam que

[...] ter direitos constitucionais assegurados é ter liberdade e garantias. Trata-se aqui de uma nova dimensão ou geração de direitos fundamental, direito à ação positiva, direito às prestações do Estado-juiz, do Estado-legislador e do Estado executivo (Rechte auf positive Handlung), na forma da lei.<sup>16 17</sup>

A fim de que esse microsistema possa alcançar sua finalidade, é necessário ter em mente princípios jurídicos relacionados à matéria, como o princípio da vulnerabilidade, da intervenção estatal, da igualdade substancial, do equilíbrio nas relações de consumo, da informação, da transparência, da boa-fé objetiva, do incentivo ao autocontrole, da coibição e repressão de abusos no mercado, bem como o princípio da reparação integral do dano<sup>18</sup>.

Dentre todos esses princípios, em razão da relação com o objeto desta pesquisa, não se pode deixar de explicitar o princípio da boa-fé objetiva e o da reparação integral do dano.

13 “O art. 5º, XXXII, impõe que sejam os comandos veiculados tratados como componentes de uma pauta mínima de proteção em uma realidade político-cultural, a qual deve ser defendida de maneira intransigente, não se admitindo a possibilidade de qualquer forma de retrocesso em relação ao seu âmbito de proteção” (MARQUES, Claudia Lima; REICHEL, Luis Alberto. O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código de Processo Civil e a substancial ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais do consumidor em juízo. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coords.). *O direito privado e o novo código de processo civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.251).

14 Necessário ressaltar que a proteção é destinada ao consumidor e não a relação jurídica de consumo, de modo que “a tutela do consumidor no Brasil parte do subjetivismo e do finalismo: tratar diferentemente esse agente de mercado vulnerável. Não faz sentido falar em tutela de ‘relação jurídica de consumo’ que é virtual e pode ir além da pessoa do consumidor, com desvio da finalidade normativa fundamental” (MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. *Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Edição defesa do consumidor, p.57, 2014. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA47BB6F3F0147CFD066810DC5>. Acesso em: 08 maio 2020.).

15 Milena Donato Oliva leciona que: “A unidade antes assentada no Código Civil desmantelou-se e surgiram núcleos legislativos setoriais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Locação de Imóveis Urbanos. Nesse contexto, em que coexistem diversos universos legislativos setoriais, alude-se à existência de microsistemas, consistentes em núcleos normativos que objetivam a regulamentação de inteiros setores e dos quais se podem extrair princípios gerais” (OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.16, p.17-18, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em: 08 maio 2020.).

16 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.149.

17 No que tange a necessidade de prestação positiva de proteção do consumidor, por parte do Estado, afirma-se que “na área de defesa do consumidor [...] é incontestável a necessidade da presença do Estado, já que, frequentemente o fornecedor detém poder de mercado, bem como informação relevante, não compartilhada com seus clientes, sobre os produtos e serviços ofertados.” (MENEQUIN, Fernando Boarato; SANTOS, Marjorie Lynn Nogueira. Análise de impacto regulatório: políticas para o consumidor baseadas em evidências. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 35)

18 Acerca dos princípios correlatos a tutela do consumidor, ver: AZEVEDO, Fernando Costa de. O direito do consumidor e seus princípios fundamentais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v.3, n.1, p.25-50, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11960/7575>. Acesso em: 03 jun. 2020; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 67-94

O princípio da boa-fé objetiva foi positivado no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 4º, III<sup>19</sup>, e 51, IV<sup>20</sup>, e no Código Civil, nos artigos 113<sup>21</sup>, 187<sup>22</sup> e 422<sup>23</sup>, de tal modo que a sua implementação

[...] gerou profundas transformações no Direito Contratual, causadas pela relativização da autonomia privada dos contratantes, a qual passa a ser mitigada pela observância a novos deveres (anexos) inseridos na relação jurídica, que dele afluem na forma de obrigação secundária, bem como pela prevalência de funções intrínsecas ao mesmo, que visam a nortear a conduta (comportamento) dos contratantes ao adimplemento contratual.<sup>24</sup>

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da “boa-fé objetiva assenta regras comportamentais fundamentadas na lealdade e na confiança, de observância essencial a todos, para que haja respeito (ético e jurídico) às expectativas geradas por terceiros”<sup>25</sup>, acarretando a criação de um modelo de conduta social a ser observado nas relações jurídicas, a fim de que se preserve as finalidades do negócio jurídico, bem como estabeleça o cumprimento dos deveres laterais (secundários, instrumentais, anexos de conduta) decorrentes da boa-fé objetiva.<sup>26</sup>

Os deveres anexos de conduta se qualificam como instrumentos de integração contratual<sup>27</sup>, que impõe aos contratantes os deveres de informação, cooperação, lealdade, proteção, cuidado, que, caso não respeitados, ensejam o inadimplemento obrigacional, caracterizando a figura parcelar da *violação positiva do contrato*.

Ainda sobre o princípio da boa-fé objetiva, não se pode deixar de destacar que a sua aplicabilidade é de considerável relevo e obrigatoriedade, desde a fase pré-contratual

19 “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.” (BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. *Lei nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 30 abr. 2020).

20 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. *Lei nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 30 abr. 2020).

21 “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL. [Código Civil (2002)]. *Lei nº 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 18 jun. 2020).

22 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL. [Código Civil (2002)]. *Lei nº 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 18 jun. 2020).

23 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL. [Código Civil (2002)]. *Lei nº 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 18 jun. 2020).

24 SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 410-411.

25 BRINGEL, Inaldo Siqueira; FERREIRA, Andersson Belém Alexandre. Responsabilidade civil por inadimplemento ético. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 503.

26 BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Violação positiva do contrato, obrigação como processo e o paradigma do inadimplemento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, p. 10, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/08/Brasil-Jr.-e-Cunha-civilistica-com-a.7.n.2.2018.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

27 PAGANELLA, Genevieve Paim. Função integradora da boa-fé objetiva: deveres anexos. In: NALIN, Paulo; COPI, Lygia Maria (Coords.). *As novas fronteiras do Direito Contratual: contratos privados e direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 141.

(tratativas/negociações preliminares) até a fase pós-contratual.<sup>28 29</sup>

O princípio da reparação integral do dano encontra-se previsto no art. 6º, VI, do CDC, na medida em que o legislador elenca como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”<sup>30</sup>, ou seja, na hipótese de o fornecedor causar ao consumidor um dano, independentemente de sua natureza, deve ser reparado em sua completude<sup>31</sup>, com esteio na responsabilidade civil contemporânea e suas funções, que serão abordadas no próximo tópico.

A partir de um paradigma de tutela efetiva do consumidor, Marcos Dessaune explicita o que se deve esperar dos fornecedores no desenvolvimento de sua atividade econômica, ao afirmar que:

Juridicamente essa missão do fornecedor está fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.<sup>32</sup>

Constata-se que, no contexto da sociedade do consumo, na qual há flagrante vulnerabilidade do consumidor, é necessário um olhar atento para este sujeito. Com este objetivo, elenca-se no rol de direitos e garantias fundamentais a proteção do consumidor, vinculando-se o Estado a empenhar-se de modo constante para que o consumidor seja adequadamente tutelado. No entanto, não basta tão somente a atuação efetiva do Estado, no exercício de suas multifunções, sendo necessário, também, que os fornecedores se adequem ao paradigma de tutela do consumidor, no intuito de oferecerem produtos e serviços, em consonância com os preceitos normativos relativos à proteção do consumidor estatuídos no ordenamento jurídico brasileiro.

28 SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 110.

29 Neste mesmo sentido, “a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Assim, para fins do princípio da boa-fé objetiva, são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato” (LÔBO, Paulo. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 26).

30 BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. *Lei nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 30 abril 2020.

31 Assim, “reparar integralmente o dano seria, então, entregar, em correspondência ao dano sofrido, sua equivalente e integral reparação (SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio da reparação integral na defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 25, v. 108, p. 104, nov./dez. 2016).

32 DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17, n.1, 1º sem. 2019, p.18. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero1\\_15.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf). Acesso em: 02 jun. 2020.

33 Neste sentido, “a responsabilidade civil, assim como o saber jurídico em geral, exige, de tempos em tempos, uma “virada copernicana” em seus axiomas, para garantir um olhar mais consentâneo com a vida na sociedade em dado contexto” (MENEZES, Joyceane Bezerra de, LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; COSTA, Adriano Pessoa da. Análise epistemológica da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.21, p.25, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/463/306>. Acesso em: 08 maio 2020.).

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

A reponsabilidade civil encontra-se em constante movimento de transformação em seus paradigmas<sup>33</sup>, em especial, após a Constituição da República de 1988, a qual foi responsável por engendrar princípios, valores, direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico, vinculando o seu cumprimento a todos os ramos do Direito.

Embora, hoje, soe como óbvio dizer que os mandamentos da Constituição são de observância obrigatória por todos os ramos do Direito, até em 1988, determinadas leis não estabeleciam diálogo com a Constituição, de modo que cada disciplina tratava de sua área, sem que houvesse interdisciplinaridade, cabendo ao texto constitucional tão somente definir a estrutura do Estado, bem como delinear algumas questões relativas ao Direito Público, não havendo um impacto na interpretação e na aplicação do Direito Privado<sup>34</sup>.

Logo, a promulgação da Constituição da República de 1988 deflagrou o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, em que se verifica a releitura dos modelos jurídicos civilísticos sob a perspectiva dos valores e princípios emanados pela Constituição<sup>35</sup>, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>36</sup>, da solidariedade social, da igualdade substancial, além dos direitos e garantias fundamentais, de modo que os contornos da responsabilidade civil na contemporaneidade recebem influência direta das normas constitucionais<sup>37</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet explicita que:

Na CF, além da inserção da dignidade da pessoa humana como princípio (e valor) fundamental e estruturante da ordem constitucional (art. 1º, III), situando-a [...] no início do texto constitucional, também os direitos fundamentais alcançaram um papel de destaque ímpar e sem precedentes no constitucionalismo brasileiro anterior, seja do ponto de vista quantitativo (pelo grande número e diversidade de direitos positivados), seja na perspectiva qualitativa, em especial pelo regime jurídico reforçado atribuído aos direitos fundamentais pelo constituinte e, na evolução posterior, pela doutrina e jurisprudência<sup>38</sup>.

Nessa linha de raciocínio, contemporaneamente, pode-se afirmar que se inicia uma nova fase de proteção dos interesses existenciais, vindo à tona uma gama de novos danos que desafiam a responsabilidade civil<sup>39</sup>, que outrora encontrava-se “focada na pessoa do

34 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 34.

35 Sobre o tema, César Fiuza leciona que: “A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Esse é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais.” (FIUZA, César. Perigos de uma hermenêutica civil-constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 66, 2º sem. 2008).

36 O princípio da dignidade da pessoa humana “[...] desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição.” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 113).

37 Neste sentido, o texto constitucional incorporou “uma série de direitos fundamentais corolários do princípio da dignidade humana no que diz respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, posse e propriedade, vínculos familiares, responsabilização civil, complexos contratuais.” (FACHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 6, v. 8, p. 368, jan./mar. 2019).

38 WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: notas sobre a influência dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, v. 12, p. 66, jul./set. 2017.

39 AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. Responsabilidade civil pelo tempo perdido. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 115.

agente que perpetrava um ato ilícito, hoje se encontra voltada precipuamente à tutela da vítima do dano injusto<sup>40</sup>.

Deste modo, além da ampliação da proteção destinada a pessoa humana, que culminou, por si só, na implementação de novos danos reparáveis, em razão dos mandamentos da Constituição da República de 1988, não se pode deixar de explicitar que a reconstrução da responsabilidade civil se manifesta, também, em razão do contexto social hodierno, em que, embora os avanços ocorridos nos últimos séculos tenham trazido vastos benefícios aos atores sociais<sup>41</sup>, há uma constante exposição do ser humano a riscos, com inegável propensão de ocorrência de danos, tanto de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial, demandando a adequação da responsabilidade civil aos novos tipos de danos, tendo em vista que “numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado.”<sup>42 43</sup>

O campo de incidência da responsabilidade civil ampliou-se enormemente, chegando a representar a grande maioria dos casos que chegam ao Judiciário, principalmente nos Juizados Especiais. Fala-se hoje numa indústria da responsabilidade civil, com o que não concordamos. Não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos.<sup>44</sup>

Nesse giro, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, vêm dedicando-se a analisar a temática, com o objetivo de que eventuais danos que venham a se manifestar no mundo dos fatos sejam tratados com o rigor da responsabilidade civil contemporânea, balizada nos ditames do Estado Democrático de Direito.

[...] o mais aconselhável não é buscar definir aqui o conceito de Estado Democrático de Direito, mas retomar e rerepresentar os valores e princípios que o envolvem ou com ele estão relacionados, para que sua compreensão seja a mais fiel possível. Assim teríamos:

- (1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular;
- (2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;
- (3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia

40 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.178-179.

41 Quanto a estes benefícios, “evidências convincentes mostram que o crescimento econômico e o avanço tecnológico gerados pela competição do mercado foram acompanhados, nos últimos dois séculos, de importantes melhorias na saúde, [...] os fatos evidenciam que o céu não está desabando: os humanos do mundo desenvolvido passaram por uma forma de evolução que é única não apenas para a humanidade, mas para as quase sete mil gerações de seres humanos que já habitaram a terra” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.30).

42 FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v.76, n.1, jan./mar. 2010, p.26. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13478>. Acesso em: 24 jan. 2020.

43 Carliana Luiza Rigoni e Rodrigo Goldschmidt exprimem que “manter a ordem na sociedade é o principal objetivo do direito, garantindo assim o convívio pacífico a todos. Nesse contexto, protege-se o lícito e reprime-se o ilícito. Em primeiro plano a responsabilidade civil reprime o ato ilícito para recompor o dano sofrido. Fundamenta-se na liberdade, onde do convívio social entre os indivíduos com interesses diversos resultam conflitos.” (RIGONI, Carliana Luiza; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O dano temporal: aproximações e divergências com outras espécies de danos imateriais. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 49).

44 CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil nas relações de consumo. Tendências do século XXI (Conferência de Encerramento do I Congresso Internacional de Direito do Consumidor – FD/UFPEl). *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 6, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11860/7544>. Acesso em: 03 jun. 2020.

- e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes;
- (4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida;
  - (5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões;
  - (6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social;
  - (7) Observância do princípio da igualdade;
  - (8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado;
  - (9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça;
  - (10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica.<sup>45</sup>

Portanto, o Estado Democrático de Direito se manifesta como fruto de um necessário aperfeiçoamento da sociedade, sendo exigível o respeito a todas as suas diretrizes e fundamentos, tendo como plano de fundo, sempre, o texto constitucional.

Neste contexto, impõe-se uma análise crítica e reflexiva sobre a multiplicidade de danos que permeiam a sociedade, contribuindo para que a responsabilidade civil apresente novos contornos na contemporaneidade, tendo em vista que “para conter a insistente insatisfação social com a ocorrência de danos, foi necessária então a desenvolvimento de novos remédios, à medida que os anteriores já não mais se prestavam para dissolver os pontos de tensão criados e assim manter a coesão do tecido social”<sup>46</sup>.

Entre as soluções criadas e, em estudo pelos operadores do Direito, a fim de serem implementadas para que o causador do dano seja responsabilizado na esfera civil, encontra-se não só as normas gerais de proteção do consumidor, mas, também, a possibilidade da responsabilidade civil pelo tempo perdido pelo consumidor, em razão de ato ilícito perpetrado pelo fornecedor, temática que será abordada com maior profundidade nos próximos tópicos.

O fato é que em sociedades plurais e extremamente complexas o direito civil deve ser convocado a atuar de forma mais eficaz em relação à proliferação das mais diversas formas de ilícito. Isso só será possível quando a responsabilidade civil for revisitada em um viés multifuncional, no qual o ordenamento não se restrinja ao objetivo de restituir as vítimas ao *status quo* (o que é uma ficção!), porém, passe a avaliar os aspectos relacionados aos atos e atividades realizados pelos agentes, delimitando cada uma das funções da responsabilidade civil mediante critérios objetivos e razoáveis.<sup>47</sup>

Nessa pegada, a responsabilidade civil contemporânea deve ser analisada pelas perspectivas dos princípios a ela atinentes, como o princípio da prevenção, da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da reparação integral<sup>48</sup>, mas, sobretudo, não se

45 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v.42, n. 167, p. 228-229, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/794>. Acesso em: 06 maio 2020.

46 AGUIAR, Roger Silva. O admirável mundo novo da responsabilidade civil – a culpa, o risco e o medo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 526.

47 ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 33-34.

48 Sobre os princípios da responsabilidade civil, ver: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 78-90; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 41-58.

pode olvidar, das multifunções que apresenta na contemporaneidade, de tal modo que:

[...] as funções da Responsabilidade Civil se referem aos meios pelos quais se almeja propiciar o convívio social pacífico, de modo que, *as funções adotadas por determinado sistema jurídico buscarão a resolução de conflitos sociais presentes na sociedade contemporânea* (aberta, plural, complexa) pelos meios mais eficazes disponíveis.<sup>49</sup>

Destarte, a responsabilidade civil contemporânea apresenta três funções principais<sup>50</sup>, quais sejam (i) a função reparatória, que tem por objetivo a reparação do dano<sup>51</sup>; (ii) a função punitiva, em que se objetiva penalizar, imputar uma sanção, aquele que praticar o ato ilícito, a fim de desencorajá-lo a desrespeitar as leis civis, novamente; e (iii) a função precaucional, que consiste em obstar a prática de atos ilícitos que tenham potencial de causar dano<sup>52</sup>.

Dado esse panorama multifuncional, pode-se afirmar que “a reparação de prejuízos não é o único propósito da responsabilidade civil”<sup>53</sup>, o que, de forma geral, não foi captado pelos Tribunais pátrios, de modo que, muitas das vezes, se olvidam que a função reparatória é, em analogia, tão somente a ponta de um *iceberg* denominado responsabilidade civil, em que, em razão das complexidades da sociedade pós-industrial, preocupar-se em retornar a um *status quo* - impossível, na maioria dos casos - é insuficiente, de tal modo que esta função deve estar ladeada, em harmonia, com as demais.

Ante o panorama apresentado, em que há uma imprescindível observância das normas de égide constitucional por todos os ramos do Direito, em uma sociedade do consumo, mas também de risco, na qual as pessoas encontram-se suscetíveis de sofrerem vastos tipos de danos, inclusive, aqueles relativos à relação de consumo, a responsabilidade civil assume papel essencial para fins de contribuir para o estabelecimento da paz social, sendo urgente a aplicação de seus princípios e, em especial, de suas funções, com vistas a se efetivar os ditames norteadores do Estado Democrático de Direito, bem como da proteção jurídica do consumidor.

#### 4 LINEAMENTOS SOBRE O “TEMPO”

Tendo em vista a discussão da pesquisa orbitar o termo “tempo”, é necessário compreender o que ele representa para os atores sociais. Os pensadores e filósofos já vêm debatendo este tema há séculos, criando-se concepções distintas para o tempo, dentre as quais:

1<sup>a</sup> o T. como ordem mensurável do movimento; 2<sup>a</sup> T. como movimento intuitivo; 3<sup>a</sup> o T. como estrutura de possibilidades. A primeira concepção vincula-se, na Antiguidade, o conceito cíclico do mundo e da vida do homem

49 BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A eficácia do disgorgement of profits na contensão de ilícitos. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Coords.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume três*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p.127.

50 Nelson Rosenvald escancara que “Ao efetuarmos a tripartição funcional da responsabilidade civil [...] abstermo-nos de conferir a qualquer uma delas [...] a qualificação de “função preventiva”. A prevenção *lato sensu* é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas. A prevenção reside em todos os confins da responsabilidade e não apenas simboliza um mero refrão: “mais vale prevenir do que remediar”, ou uma vazia declaração de princípios” (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33).

51 Conforme a lógica da responsabilidade civil, “a reparação civil não busca recolocar a vítima no estado em que se encontrava antes do incidente, mas sim no estado em que ela se encontraria na ausência desse evento.” (CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: A álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 167).

52 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 67.

53 ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 28.

(metempsicose) e na época moderna, o conceito científico de tempo. À segunda concepção vincula-se o conceito de consciência, com a qual o T. é identificado. A terceira concepção, derivada da filosofia existencialista.<sup>54</sup>

Deste modo, fica evidenciado que o tempo pode manifestar facetas diferentes, a depender da perspectiva e o contexto em que é analisado<sup>55</sup>.

A ideia de tempo perpassa pela noção de um período que o ser humano utiliza para todas as suas atividades, seja para descanso, para cuidar das pessoas próximas, para trabalhar, isso tudo enquanto os ponteiros do relógio giram, percebendo-se que não mais se pode voltar atrás, mas adequar as condutas do presente, em função de um futuro desejado.

[...] em sua definição, o “tempo” compreende intrinsecamente a ideia de transitoriedade, limitação e mudança. O tempo guarda em seu âmago o movimento. No caso do tempo de vida de que cada indivíduo dispõe, o tempo é uma caminhada irrefreável, com início, meio e fim; embora não haja marcos seguros e previsíveis nesta jornada.<sup>56</sup>

Logo, não é possível parar o transcurso do tempo, de modo que esse se encontra sempre avançando, o que fica nítido em situações corriqueiras, como, por exemplo, na hipótese de se perceber que um filho cresceu, ou ao notar que se está ficando velho, ou ao constatar que o prazo para protocolar um ato processual está esgotando. É um fato que a fluência do tempo é revelada em várias circunstâncias, no entanto, embora, muitas das vezes, haja indiscutível desejo de se ter mais tempo, ou de se voltar no tempo, deve-se reconhecer a impossibilidade desses desejos, o tempo não para, tampouco volta<sup>57</sup>.

Vive-se esse paradoxo: o tempo é o que o ser humano tem de mais relevante – tempo é vida. Não raras vezes, contudo a preocupação com o tempo somente surge face a forçada percepção de sua escassez, diante de um evento dramático, como uma doença ou a morte de uma pessoa querida. O tempo torna-se, então, o protagonista da vida afetada: a pessoa concentra-se em quanto dele ainda lhe resta, como aproveita-lo, como não o desperdiçar. Na medida que essas dúvidas ganham foco, modifica-se gradativamente o valor que a pessoa atribui ao seu próprio tempo.<sup>58</sup>

Ademais, deve-se estar clara a ideia de que a maximização do tempo avançou ao longo da história humana. Kyssy de Paula Andrade e Guilherme Augusto Giovanoni da Silva discorrem que o século XXI, marcado pela era digital, também é caracterizado pelo fato de o tempo se mostrar de forma mais mensurável, de modo que se antes uma carta enviada pelo serviço postal demoraria longos dias, com as mudanças tecnológicas, se tornou

54 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução: Alfredo Bossi (1ª ed.); Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 944.

55 A fim de compreender, melhor, a construção conceitual do tempo, ver: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução: Alfredo Bossi; Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 944-948; DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017, p. 141-158; BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade Civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 133-139.

56 AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 61.

57 Neste sentido, “além de possuir a escassez como traço característico, o tempo possui, ainda, outras tantas características, como a impossibilidade de ser tocado, de ser parado e, até mesmo, de ser revertido. A intangibilidade, a ininterruptibilidade e a irreversibilidade são características do tempo que lhe tornam inacumulável e irrecuperável!” (TEIXEIRA, Tarcisio; AUGUSTO, Leonardo Silva. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.110, p.184, jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em: 03 jun. 2020).

58 BERGSTEIN, Lais. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

possível o envio de mensagem, que, para alcançar o destinatário final, demora milésimos de segundos, o que demonstra que a sociedade avança de um ritmo mais vagaroso, para encontrar-se extremamente atribulada na medida em que busca permanentemente a maximização do tempo<sup>59</sup>.

Pablo Stolze Gagliano entende que o tempo pode ser analisado sob duas perspectivas, uma dinâmica, outra estática. Para a perspectiva dinâmica, “o tempo é um ‘fato jurídico em sentido estrito ordinário’, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito” Lado outro, na perspectiva estática, “o tempo é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica.”<sup>60</sup>

Nessa linha de inteligência, além do tempo se manifestar como fato jurídico *stricto sensu*, ele é um bem significativo, manifestando-se, ainda, como um “capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, do qual só se deve dispor segundo a própria consciência”<sup>61</sup>.

Em verdade, o tempo é fator de qualidade de vida e, conseqüentemente, de saúde. Para descansar, trabalhar, locomover-se ao trabalho ou para casa, dedicar-se aos estudos, à família, à vida sentimental, o tempo é fator de ininterrupta necessidade e de atenção cogente para necessária organização das múltiplas atividades exigidas do ser humano.<sup>62</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que eventual ofensa injusta ao tempo alheio pode ensejar vastas conseqüências, na medida em que o dispêndio indevido deste recurso vital pode impedir que o lesado desenvolva as suas atividades, sejam relacionadas a ganho financeiro ou apenas ao seu bem-estar e das pessoas que o cerca.

Destarte, o tempo deve ser visto como um bem essencial ao ser humano, de modo que sua abundância ou escassez limitam as atividades cotidianas, as quais estão diretamente relacionadas a afazeres com finalidade econômica e de subsistência, mas também da construção da personalidade humana, na medida em que se pode usar o seu tempo da forma que melhor lhe aprouver, garantindo, por conseguinte, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

#### 4.1 Da natureza jurídica do “tempo”

Partindo da construção de que o tempo é essencial para o ser humano, encontrando relação com tutelas constitucionais, como o direito fundamental a liberdade, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se compreender que o tempo, por si só, é merecedor de tutela do Direito, o qual deve atuar a fim de evitar, reparar e punir quaisquer lesões a este bem jurídico, podendo essas se manifestarem com o caráter patrimonial e/ou extrapatrimonial, a depender do caso concreto<sup>63</sup>.

59 ANDRADE, Kyssy de Paula; SILVA, Guilherme Augusto Giovanoni da. Dano temporal: a responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor. *Revista Vianna Sapiens*, Juiz de Fora, v.10, n.1, p.241, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://viannasapiens.com.br/revista/article/view/577/321>. Acesso em: 01 jun. 2020.

60 GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jurisvox*, Patos de Minas, v.1, n.14, p.44-45, jul.2013. Disponível em: <https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox/issue/view/65/Jurisvox%2C%20n.%2014%2C%20vol.%201%20e%20vol.%202%2C%202013>. Acesso em: 26 maio 2020.

61 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017, p. 164-165.

62 ROSA, Alexandre Morais da; MAIA, Maurílio Casas. O dano temporal na sociedade do cansaço: uma categoria lesiva autônoma? In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 28.

63 Neste mesmo sentido, “superado concretamente o limite de tolerabilidade, a indenização deverá se fazer presente – e esta poderá dizer respeito ao dano moral ou material, e eventualmente até a ambos” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 877).

Em relação ao dano material<sup>64</sup>, esse se manifesta na hipótese em que a retirada indevida do tempo provoca diminuição do patrimônio ou impede que haja um ganho econômico do lesado. Nesse sentido, Bruno de Almeida Lewer Amorim argumenta que:

A visão patrimonialista do “direito ao tempo” ignora a sua potencialidade de promoção de dignidade humana e garantia de exercício dos direitos da personalidade. Ignora a dimensão existencial do “tempo”. Não reconhece o indivíduo em seu todo. O indivíduo não dispõe do direito ao tempo apenas para trabalhar, mas também para exercer todos os outros vieses de sua personalidade. Dispõe do tempo, com igual ou superior importância, para descansar, se divertir, estudar, se aprimorar pessoalmente, estar com seus familiares e amigos.

A proteção meramente patrimonial, portanto, não permite a realização da seara existencial do “direito ao tempo”. O tempo é o mesmo para todos, independentemente da destinação que cada um lhe dê, em um determinado momento, e a violação, portanto, é a mesma, esteja o consumidor utilizando-o para trabalhar, divertir-se ou para descansar<sup>65</sup>.

Portanto, o tempo é tão fundamental que não pode ser analisado apenas por um viés patrimonialista, pois, tal perspectiva seria incompleta, sendo possível vislumbrar, também, a depender do caso concreto, a existência de lesões que alcancem bem mais que o patrimônio do sujeito, com potencial de afetar diretamente os seus direitos da personalidade<sup>66</sup>.

Os direitos da personalidade não são mera condição de ser titular de direitos e deveres, mas sim, são atributos inerentes ao ser humano. Isso significa que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, inatos e absolutos (no sentido erga omnes, ou seja, oponível a toda a sociedade).<sup>67</sup>

Nessa linha de intelecção, uma das características dos direitos da personalidade é possuírem rol aberto<sup>68</sup>, contemplando várias situações subjetivas em que há a lesão a dignidade da pessoa humana, “possibilitando que cada pessoa possa defender contra particulares seus bens pessoais, o próprio corpo e a mente. Trata-se de algo relacionado à individualidade do sujeito, da possibilidade do indivíduo se moldar de acordo com seus interesses e crenças”<sup>69</sup>.

Logo, a retirada de tempo de uma pessoa manifesta-se como hipótese de violação dos direitos da personalidade, tendo em vista que tal ato pode vir a afetar a dignidade e liberdade

64 “O dano patrimonial [...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. [...] Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. [...] a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 102)

65 AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 67.

66 A respeito dos direitos da personalidade, ver: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed., revista, aumentada e modificada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

67 SOARES, Marcelo Negri; PRAZAK, Mauricio Ávila; MEN, Leticia Squaris Camilo. Negócios jurídicos processuais e sua (in)aplicabilidade nas demandas em que se discutem direitos da personalidade do consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa*, a. 6, n. 3, p. 1376, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1373\\_1392.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1373_1392.pdf). Acesso em: 11 jul. 2020.

68 Neste sentido, “sendo a personalidade um valor – o valor fundamental do ordenamento –, ela se encontra na base de uma série aberta de situações subjetivas existenciais, nas quais se traduz a sua constante e mutável exigência de tutela. Não parece haver uma série fechada de situações tuteladas: tutelado deve ser o valor da pessoa, com exceção dos limites impostos em razão de seu interesse e de outras pessoas” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. A proteção dos direitos da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94).

69 CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os direitos da personalidade na sociedade da informação: impactos das novas tecnologias. In: LISBOA, Roberto Senise. *Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 28.

da vítima<sup>70</sup>, o que se constata na hipótese de haver a substituição da vontade do indivíduo, que até então teria um espectro amplo de escolhas do que fazer, ou não, nesse período, mas se vê vinculado a desperdiçar o seu tempo em função de um ato ilícito alheio.

No que tange ao aspecto extrapatrimonial do dano ao tempo, esse pode manifestar-se por meio do dano moral, que contempla hipóteses concernentes “a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto.”<sup>71</sup> Logo, o dano moral consiste justamente nas hipóteses em que se constata a lesão aos direitos da personalidade, bem como a dignidade da pessoa humana, de modo que o direito a reparação por sua lesão evidencia um direito fundamental, esculpido no Art. 5º, incisos V e X, da CR/88.<sup>72</sup>

Acerca do dano moral, Sergio Cavalieri Filho leciona que:

[...] dano moral, à luz da Constituição vigente, *em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana*. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. *Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação*; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

[...] Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.<sup>73</sup>

A partir desse entendimento, pode-se completar o conceito de dano moral, de tal modo que além de se tratar de uma hipótese de lesão a dignidade da pessoa humana, essa lesão ilícita deve provocar, concretamente, dor, vexame, sofrimento ou humilhação à determinada pessoa. Nesse sentido, ao tratar da lesão ao tempo, muitas das vezes, essa afetará a esfera moral do ser humano, não só ao atacar os seus direitos da personalidade e sua dignidade, mas também em razão das consequências advindas desse ato, que muitas das vezes provoca o sofrimento, a dor, a humilhação a parte lesada. Fato é que, se constatado, no caso concreto, o dano moral como desdobramento de uma lesão ao tempo, dever-se-á indenizá-lo.

Admitir-se a reparabilidade da lesão ao tempo, em seus reflexos patrimoniais e morais, não significa, portanto, que todos os casos em que haja algum dispêndio de tempo do consumidor a fim de solucionar determinada pendência ensejem, só por esse fator, dano a ser indenizado. Convém

70 Denis Vericaro e Eliana Magno Gomes Paes lecionam que “[...] não só a dignidade humana é afetada nesse viés, mas também a própria liberdade do consumidor, visto que a demora injustificada e o mau atendimento ao consumidor, podem acarretar limitações à liberdade deste, ferindo, por consequência, outro direito fundamental” (VERICARO, Denis; PAES, Eliana Magno Gomes. A sociedade pós-moderna e o valor jurídico do tempo: as incongruências de tratamento do tempo pelo fornecedor e o dano temporal causado ao consumidor. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v.13, n.1, p.95, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/159/215>. Acesso em: 11 jul. 2020).

71 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., revista, aumentada e modificada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35. 72 Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...] X - são invioláveis a 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” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 dez. 2019.).

73 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 120.

insistir, a verificação do resultado danoso depende do balanceamento de todas as circunstâncias fáticas presentes na situação em debate.<sup>74</sup>

Portanto, o tempo pode ser compreendido como um bem jurídico tutelável, sendo necessário que se analise, casuisticamente, os desdobramentos da lesão temporal, a fim de verificar se a sua perda provocou danos materiais e/ou morais<sup>75</sup>, não podendo a violação desse bem jurídico estar previamente vinculada a uma espécie de dano (patrimonial ou extrapatrimonial), ainda mais quando a privação de tempo tem potencial lesivo tanto ao patrimônio, quanto a própria dignidade e liberdade da pessoa humana.

## **5 (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO TEMPORAL PROVOCADO AO CONSUMIDOR**

Com frequência, o consumidor fica dependente da boa vontade do fornecedor para solucionar eventuais conflitos, que nem sempre são sanados com presteza e agilidade, de modo que, nessas situações, há, como consequência de uma atuação inadequada do fornecedor, a perda de tempo do consumidor.

Não em vão, afirma-se que “o tempo do homem na sociedade atual, é tempo do lazer, da família e do prazer (um tempo de realização). O tempo é utilizado para acesso às benesses da sociedade de consumo, mas também é *um tempo de conflito com fornecedores*”<sup>76</sup>.

Marcos Dessaune escancara vastas situações corriqueiras, no cenário brasileiro, nocivas ao tempo do consumidor:

Enfrentar fila em banco por tempo superior ao razoável ou ao que a lei local estabelece  
[...] receber pelo correio, sem prévia solicitação, um cartão de crédito indesejado que induz o consumidor juridicamente vulnerável a acreditar que precisa tomar providências para o seu cancelamento; retornar várias vezes à loja, quando não se é imediatamente redirecionado à assistência técnica autorizada do fabricante, para reclamar de um produto eletrônico que já apresentava falha no funcionamento pouquíssimo tempo depois de comprado ou logo depois de a garantia ter vencido;  
Esperar demasiadamente, e sem motivo justo, por atendimento em consultório médico, em consultório odontológico, na recepção de hospital ou em posto de saúde;  
Ter que aguardar longa e injustificadamente [...] para conseguir que o plano de saúde autorize um procedimento expressamente contratado ou relativo à doença coberta  
[...] telefonar para o SAC de um fornecedor que transfere o consumidor de um atendente para o outro ou interrompe subitamente a ligação, fazendo-o repetir a mesma história e assim dificultando ou frustrando o objetivo do consumidor  
[...] envidar esforços para obter uma segunda via do cupom fiscal ou da papeleta de transação impressa em papel termossensível que se apagou prematuramente  
[...] levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício de qualidade

74 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo do consumidor no direito brasileiro. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p.166, 2020. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/lesao-ao-tempo-do-consumidor-no-direito-brasileiro-carlos-edison-do-rego-monteiro-filho/>. Acesso em 10 dez. 2020.

75 Ressalta-se que os danos materiais e morais podem ser aplicados em cumulatividade, quando a lesão provocar danos tanto na esfera moral, quanto na esfera material. Essa é a inteligência da Súmula 37 do STJ: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, p.3172, 17 mar. 1992).

76 BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade Civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 138.

persistente, um veículo que frequentemente sai de lá com o problema original intacto  
[...] ter que esperar indefinidamente em casa, sem hora previamente marcada, pela entrega de um produto novo, pelo profissional que vem fazer um reparo, ou mesmo pelo técnico que precisa retornar para refazer o serviço malfeito;  
Ter a obrigação de chegar ao aeroporto com a devida antecedência e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que atrasou  
[...] precisar recorrer ao Procon e/ou à Justiça, e assim se submeter a um longo e desgastante processo para exigir um dever legal ou uma obrigação contratual que o fornecedor sabe ou deveria saber que tem, mas resiste a cumprir rápida e espontaneamente.<sup>77</sup>

Todas essas situações lesivas ao consumidor, somadas ao pressuposto de que o consumidor é vulnerável, inclusive, a existência e autonomia do Direito do Consumidor decorre de tal percepção<sup>78</sup>, demandam que os operadores do Direito discutam a possibilidade de consequências jurídicas ao ato ilícito do fornecedor que provocar danos ao tempo do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, II, “d”, determina que o Estado deve atuar na proteção efetiva do consumidor, garantindo produtos e serviços com padrões adequados de qualidade e desempenho<sup>79</sup>, impondo, desse modo, que o fornecedor atue a fim de proporcionar ao consumidor um atendimento com agilidade e eficiência, solucionando as demandas que lhe forem apresentadas, com a finalidade de proteger o consumidor de vivenciar dissabores, como a perda de tempo.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a controvérsia, como se vê no acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o Recurso Especial nº 1.737.412/SE:

O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.<sup>80</sup>

Ao tratar da proteção jurídica do tempo do consumidor, um ponto a ser considerado é o seu enquadramento como obrigação principal ou obrigação secundária, levando em consideração que, contemporaneamente, “a relação obrigacional vista como um processo exige a observância de outra espécie de deveres que não estão apenas relacionados ao estrito cumprimento da prestação. Trata-se dos deveres laterais ou anexos”<sup>81</sup>, que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.

77 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017, p. 68-70.

78 ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinicius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v.21, n.1, p.156, mar. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/24634/20699>. Acesso em: 30 abr. 2020.

79 BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. *Lei nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 30 abril 2020.

BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade Civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 138.

80 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. turma). *Recurso Especial 1.737.412/SE*. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Recorrido: Banco do Estado de Sergipe S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 fev. 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num\\_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF). Acesso em 18 jun. 2020.

81 EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.93.

Em inúmeras ocasiões, a oferta do produto ou serviço será acompanhada da promessa de agilidade, de modo que a proteção do tempo se enquadra como uma obrigação principal. Lado outro, ainda que o tempo não seja englobado como obrigação principal, é possível compreendê-lo como uma obrigação secundária, na medida em que o princípio da boa-fé objetiva vincula o fornecedor a atuar de forma célere a fim de colaborar para que as finalidades objetivas do negócio jurídico sejam alcançadas.<sup>82</sup>

Ontologicamente, o tempo, no cenário contratual contemporâneo, apresenta-se ora associado à prestação principal, ora como manifestação do princípio da boa-fé objetiva, a partir dos deveres anexos dele emanados. Como exemplo da primeira vertente, imagine-se a contratação do serviço de entrega expressa. A rapidez integra-se à essência do negócio pactuado, de tal forma que o descumprimento do prazo estipulado configura inadimplemento da prestação principal. Trata-se do que se pode denominar tempo-produto. De outro turno, pode-se entrever, ínsita ao dever de colaboração presente em toda e qualquer relação de consumo, a obrigação de o fornecedor de produtos e serviços não fazer seu cliente perder tempo. Em outras palavras, cuida-se da necessidade da adoção de medidas, dentro de parâmetros mínimos de razoabilidade, para que não haja lesão ao tempo do consumidor, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva.<sup>83</sup>

Outro princípio a ser destacado, ao abordar a responsabilidade civil pela perda de tempo do consumidor, é o princípio da reparação integral do dano, de modo que o legislador pátrio elencou, no CDC, o dever de prevenir e reparar quaisquer tipos de danos, sejam de natureza patrimonial ou moral. Entre as várias possibilidades de lesão, se encontra a *retirada ilícita de tempo do consumidor*, o que enseja ao fornecedor não só o dever de atuar, ininterruptamente, com a finalidade de evitar essa lesão, mas, também, o dever de reparar as consequências danosas da perda de tempo, que poderão ser de caráter patrimonial e/ou moral.

Segundo Marcos Dessaune, a perda (ou lesão) ilícita ao tempo do consumidor se qualifica como um desvio produtivo do consumidor, consistindo no

[...] fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais. Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.<sup>84</sup>

A *teoria do desvio produtivo do consumidor* manifesta-se, portanto, nas hipóteses em que os fornecedores causam determinado transtorno, ou simplesmente tinham a obrigação de resolvê-lo, caso surgisse, sendo imposto ao consumidor a atuação para solucioná-lo, oportunidade em que se desvia de suas atividades cotidianas – sejam essas profissionais,

82 Neste sentido, “a expectativa do consumidor quanto à celeridade do atendimento é crescente. O respeito ao parceiro contratual contempla, na pós-modernidade, a valorização do seu tempo, tornando-se um dever anexo às relações contratuais, derivado da boa-fé.” (BERGSTEIN, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 269).

83 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo do consumidor no direito brasileiro. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p.162, 2020. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/lesao-ao-tempo-do-consumidor-no-direito-brasileiro-carlos-edison-do-rego-monteiro-filho/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

84 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017, p.274.

familiares, ou quaisquer outras de sua predileção -, para resolver situação adversa, que nem sequer deu causa, tendo de sacrificar o seu precioso bem: o *tempo*.

No entanto, é necessário estar claro que eventual ato atentatório ao tempo do consumidor não enseja, por si só, direito a indenização, devendo ser comprovado que tal ato provocou, de fato, um dano, demonstrando o prejuízo material e/ou o dano moral<sup>85</sup>, na medida em que, nesse último caso, deve ficar evidenciado que a retirada do tempo seria capaz de provocar dor, vexame, sofrimento ou humilhação ao consumidor<sup>86</sup>. Nesse mesmo giro, já decidiu o Ministro Marco Buzzi, do Superior Tribunal de Justiça, ao relatar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 357.188/MG:

Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte a demora no atendimento em fila de banco, por si só, não é capaz de ensejar a reparação por danos morais, uma vez que, no caso dos autos, não ficou comprovada nenhuma intercorrência que pudesse abalar a honra do autor ou causar-lhe situação de dor, sofrimento ou humilhação. Incidência do óbice da súmula 7/STJ no ponto.<sup>87</sup>

Outra decisão concernente à reparação de danos pela perda de tempo foi de relatoria da Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 1020125-24.2018.8.26.0007, em que o apelante havia adquirido uma Televisão 4K LED, fabricada pela apelada, sendo que em menos de um ano, a referida televisão parou de funcionar. Na primeira instância o pedido foi julgado parcialmente procedente, sendo a ré condenada a restituir o valor pago na compra do televisor. No entanto, o autor não viu sua pretensão a indenização por danos morais satisfeita, apelando da sentença. Ao condenar a fornecedora por danos morais, a relatora fundamentou no sentido de que:

No caso em estudo houve não apenas gritante quebra de expectativa e violação da boa-fé por parte da ré, mas também desvio produtivo do consumidor, que perdeu seu tempo, no qual poderia estar realizando qualquer outra atividade, para tentar solucionar um problema criado pela própria demandada, que por seu turno não se ocupou de repará-lo. Tratando-se de grande fornecedora, como é a recorrida, com notório conhecimento do público e confiança da população, evidente que tem o dever de vender produtos que tenham o mínimo de qualidade e que, uma vez que apresentem defeito ou vício, exista disponibilidade de peças para substituição. E foi exatamente isto que não ocorreu no caso em estudo.<sup>88</sup>

85 Neste sentido, Daniel Deggau Bastos sustenta que “a perda de tempo, é bem verdade, pode vir a gerar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, desde que, é preciso dizer, verificados efetivos prejuízos de ordem patrimonial ou moral. A perda do tempo, por si só, não representa um novo dano, autônomo, que se somaria às categorias clássicas” (BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade Civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 213).

86 Nesta mesma perspectiva, “nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de abuso de direito. Apenas o desperdício “injusto e intolerável” justifica eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, na perspectiva da função social e da boa-fé objetiva” (SANTOS, Renan Azevedo. O tempo útil do consumidor enquanto bem juridicamente tutelado e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: CONPEDI (Org.). PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; LISBOA, Roberto Senise (Coords.). *1 Encontro Virtual do CONPEDI*. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p.247. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/olpbq8u9/6dnmm5ta/m76YDySJj606099Q.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020).

87 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 357.188/MG*. Agravante: Daniel Donato Nunes. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Marco Buzzi, 03 maio 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706951&num\\_registro=201301863073&data=20180509&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706951&num_registro=201301863073&data=20180509&formato=PDF). Acesso em: 18 jun. 2020.

88 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (30ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível 1020125-24.2018.8.26.0007*. Apelante: Thiago Claudino do Amaral Ferreira. Apelada: Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. Relatora: Des. Maria Lúcia Pizzotti, 16 jun. 2020, p.5. Disponível em: [esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13651841&cdForo=0](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13651841&cdForo=0). Acesso em: 18 jun. 2020.

Nessa esteira, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou, no dia 23 de setembro de 2020, a Apelação Cível 1.0000.20.460043-1/001, entendendo pela aplicação da responsabilidade civil pelo tempo perdido, condenando a ré a indenizar os danos morais suportados pela parte autora, nos seguintes termos:

O mero descumprimento contratual, por si só, não é capaz de gerar danos morais indenizáveis a parte. Ocasão diversa é quando o consumidor, por reiteradas vezes, pelos mais variados meios tais como contato via SAC, troca de e-mails, solicitação presencial em loja física, envio de notificação extrajudicial que fora recusada pela preposta o que ensejou, inclusive, necessidade de acionamento da Polícia Militar para constatar o fato e lavrar Boletim de Ocorrência, ocasiona, segundo denomina a doutrina contemporânea e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verdadeiro desvio produtivo que merece pronto reparo. Responsabilidade civil pelo tempo perdido. Somado ao desvio produtivo, verificou-se, ainda, verdadeira ofensa aos direitos da personalidade dos requerentes, tais como tranquilidade e paz. A conduta ofensiva promovida pela ré merece ser reparada mediante fixação de danos morais, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.<sup>89</sup>

Em meados de outubro de 2020, a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou a Apelação Cível nº 1002236-83.2020.8.26.0590, em que o autor pediu para que fosse deferido pedido de obrigação de não fazer cominada com indenização por danos morais, em desfavor do réu, banco de avantajado porte. O pedido justifica-se em razão do réu, diretamente ou por meio de escritório de advocacia, entre novembro de 2019 e março de 2020, enviar mensagens SMS e realizar inúmeras e insistentes ligações telefônicas ao autor, a fim cobrar dívida de terceiro, que o autor alegou nem sequer conhecer. Ao julgar, o Tribunal manteve a condenação do juízo *a quo* de condenar o banco em obrigação de não fazer, a fim de impedir que o réu entre em contato telefônico para cobrar dívida atribuída a terceiro, além de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais), entendendo que o “autor experimentou e experimenta desgaste, perda de tempo, angústias e aflições. Aplica-se a situações como a dos autos a chamada teoria do ‘Desvio Produtivo do Consumidor.’”<sup>90</sup>

Por fim, em conformidade com a proteção constitucional e infraconstitucional concedida ao consumidor, bem como a construção doutrinária e jurisprudencial, é plenamente possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, imputar-se responsabilidade civil ao fornecedor pelos danos materiais e/ou morais, eventualmente, provocados ao consumidor na hipótese da retirada ilícita de seu tempo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto socioeconômico no qual o consumidor é constantemente afetado por inúmeras possibilidades de danos, é justificável e necessária a sua ampla proteção pelo

89 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (9ª Câmara Cível). *Apelação Cível 1.0000.20.460043-1/001*. Apelante: Carlos Henrique Peixoto De Souza e outros. Apelada: Carlos Henrique Peixoto De Souza e outros. Relator: Des. Luiz Artur Hilário, 23 set. 2020, p.3-4. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=32AAA1FC67D66C68283BD7B98AC755B3.juri\\_no de1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.460043-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=32AAA1FC67D66C68283BD7B98AC755B3.juri_no de1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.460043-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 18 jun. 2020.

90 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (19ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível 1002236-83.2020.8.26.0590*. Apelante: Jonathan Vieira. Apelada: Itaú Unibanco S/A. Relator: Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 20 out. 2020, p. 10. Disponível em: [esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14079623&cd Foro=0](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14079623&cd Foro=0). Acesso em: 26 nov. 2020.

Estado, que se manifesta na Constituição da República de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e demais legislações esparsas relacionadas à proteção do consumidor, com a finalidade de reduzir a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor, reequilibrar a relação jurídica de consumo e proporcionar ao consumidor um patamar mínimo de direitos, para que possa, mesmo com sua acentuada fragilidade, sobreviver aos abusos perpetrados pelos fornecedores no mercado de consumo.

Nesse cenário, a responsabilidade civil assume protagonismo, em especial, ao tratar de suas multifunções, dentre as quais, a função precaucional, a função punitiva e a função reparatória, na medida em que manifesta o necessário papel de afastar a prática de atos ilícitos, desestimular aqueles que desrespeitem a ordem jurídica, bem como possibilitar a reparação de eventual dano suportado pela vítima.

Logo, é imperiosa a percepção do tempo como um bem jurídico sujeito a tutela, em razão de sua essencialidade e escassez para o homem contemporâneo, que cada vez mais se vê obrigado a otimizá-lo para exercer as multitarefas profissionais, sem se olvidar de se dedicar a sua família, ao lazer, bem como demais atividades que lhe proporcionem prazer.

Desse modo, ao analisar a possibilidade de lesão ao tempo do consumidor, em razão de um ato ilícito do fornecedor, é possível compreender a partir da incidência dos preceitos e valores constitucionais - com destaque a dignidade da pessoa humana -, em consonância com os princípios do microsistema jurídico de proteção ao consumidor - vulnerabilidade, boa-fé objetiva e reparação integral do dano -, que se impõe o dever fundamental dos fornecedores de não atentar contra o tempo do consumidor.

Por fim, na hipótese de violação ao tempo do consumidor, tem-se como imprescindível analisar as circunstâncias do caso concreto com a finalidade de se verificar quais as espécies de danos - de natureza patrimonial e/ou extrapatrimonial - decorreram da lesão temporal, para fins de imputação de responsabilidade civil ao fornecedor pelos prejuízos causados pela perda de tempo do consumidor, em consonância com os preceitos e valores constitucionais e infraconstitucionais estabelecidos para a proteção ao consumidor no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução: Alfredo Bossi; Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 944-948.

AGUIAR, Roger Silva. O admirável mundo novo da responsabilidade civil – a culpa, o risco e o medo. *In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 519-531.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. Responsabilidade civil pelo tempo perdido. *In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 113-141.

ANDRADE, Kyssy de Paula; SILVA, Guilherme Augusto Giovanoni da. Dano temporal: a responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor. *Revista Vianna Sapiens*, Juiz de Fora, v.10, n.1, p.236-264, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://viannasapiens.com.br/revista/article/view/577/321>. Acesso em: 01 jun. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O direito do consumidor e seus princípios fundamentais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 25-50, jan./jun. 2017.

Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11960/7575>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A eficácia do disgorgement of profits na contenção de ilícitos. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Coords.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume três*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p.125-144.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41-55.

BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade Civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade do consumo*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

BERGSTEIN, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed., revista, aumentada e modificada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., revista, aumentada e modificada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, p. 248-265, 2004.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. *Lei nº 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. *Lei nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 30 abril 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, p. 3172, 17 mar. 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. turma). *Recurso Especial 1.737.412/SE*. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Recorrido: Banco do Estado de Sergipe S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 fev. 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num\\_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF). Acesso em 18 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 357.188/MG*. Agravante: Daniel Donato Nunes. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Marco Buzzi, 03 mai. 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706951&num\\_registro=201700670718&data=20180503&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706951&num_registro=201700670718&data=20180503&formato=PDF). Acesso em 18 jun. 2020.

registro=201301863073&data=20180509&formato=PDF. Acesso em 18 jun. 2020.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Violação positiva do contrato, obrigação como processo e o paradigma do inadimplemento. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, p. 1-23, 2018. Disponível em: <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2018/08/Brasil-Jr.-e-Cunha-civillistica.com-a.7.n.2.2018.pdf>. Acesso em 11 jul. 2020.

BRINGEL, Inaldo Siqueira; FERREIRA, Andersson Belém Alexandre. Responsabilidade civil por inadimplemento ético. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 501-514.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: A álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os direitos da personalidade na sociedade da informação: impactos das novas tecnologias. In: LISBOA, Roberto Senise. *Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 15-34.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil nas relações de consumo. Tendências do século XXI (Conferência de Encerramento do I Congresso Internacional de Direito do Consumidor – FD/UFPel). *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 5-24, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11860/7544>. Acesso em 03 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DENSA, Roberta. *Proteção jurídica da criança consumidora: entretenimento, classificação indicativa, filmes, jogos, jogos eletrônicos, exposição de arte*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 1º sem. 2019, p. 15-31. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero1\\_15.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf). Acesso em: 02 jun. 2020.

EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v.76, n.1, jan./mar. 2010, p.17-63. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13478>. Acesso em: 24 jan. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 6, v. 8, p. 363-370, jan./mar. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FIUZA, César. Perigos de uma hermenêutica civil-constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 65-67, 2º sem. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jurisvox*, Patos de Minas, v. 1, n. 14, p. 43-48, jul. 2013. Disponível em: <https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox/issue/view/65/Jurisvox%2C%20n.%2014%2C%20vol.%201%20e%20vol.%202%2C%202013>. Acesso em: 26 mai. 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LÔBO, Paulo. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.17-33.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto. O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código de Processo Civil e a substancial ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais do consumidor em juízo. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coords.). *O direito privado e o novo código de processo civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.249-264.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. *Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Edição defesa do consumidor, p.57-76, 2014. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA47BB6F3F0147CFD066810DC5>. Acesso em: 08 maio 2020.

MENEGUIN, Fernando Boarato; SANTOS, Marjorie Lynn Nogueira. Análise de impacto regulatório: políticas para o consumidor baseadas em evidências. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 35-50.

MENEZES, Joyceane Bezerra de, LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; COSTA, Adriano Pessoa da. Análise epistemológica da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.21, p.17-37, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/463/306>. Acesso em: 08 maio 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (9ª Câmara Cível). *Apelação Cível 1.0000.20.460043-1/001*. Apelante: Carlos Henrique Peixoto De Souza e outros. Apelada: Carlos Henrique Peixoto De Souza e outros. Relator: Des. Luiz Artur Hilário, 23 set. 2020. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=32AAA1FC67D66C68283BD7B98AC755B3.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.460043-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=32AAA1FC67D66C68283BD7B98AC755B3.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.460043-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 18 jun. 2020.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo do consumidor no direito brasileiro. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p. 158-176, 2020. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/lesao-ao-tempo-do-consumidor-no-direito-brasileiro-carlos-edison-do-rego-monteiro-filho/>. Acesso em 10 dez. 2020.

OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p.15-33, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em: 08 maio 2020.

PAGANELLA, Genevieve Paim. Função integradora da boa-fé objetiva – deveres anexos. In: NALIN, Paulo; COPI, Lygia Maria (Coord.). *As novas fronteiras do Direito Contratual: contratos privados e direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 129-144.

RIGONI, Carliana Luiza; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O dano temporal: aproximações e divergências com outras espécies de danos imateriais. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Dano*

*temporal*: o tempo como valor jurídico. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47-72.

ROSA, Alexandre Morais da; MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal na sociedade do cansaço: uma categoria lesiva autônoma? In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 27-46.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v.21, n.1, p.155-158, mar. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/24634/20699>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ROSEVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Renan Azevedo. O tempo útil do consumidor enquanto bem juridicamente tutelado e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: CONPEDI (Org.). PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; LISBOA, Roberto Senise (Coords.). *I Encontro Virtual do CONPEDI*. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 235-250. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/6dnmm5ta/m76YDySj606099Q.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (19ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível 1002236-83.2020.8.26.0590*. Apelante: Jonathan Vieira. Apelada: Itaú Unibanco S/A. Relator: Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 20 out. 2020. Disponível em: [esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14079623&cdForo=0](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14079623&cdForo=0). Acesso em: 26 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (30ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível 1020125-24.2018.8.26.0007*. Apelante: Thiago Claudino do Amaral Ferreira. Apelada: Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. Relatora: Des. Maria Lúcia Pizzotti, 16 jun. 2020. Disponível em: [esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13651841&cdForo=0](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13651841&cdForo=0). Acesso em: 18 jun. 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHMITT, Cristiano Heineck. O idoso e os contratos de planos de seguros de saúde. In: MENDES, Gilmar Ferreira; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 280-303.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.42, n.167, p.213-229, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/794>. Acesso em: 06 maio 2020.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 403-450.

SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99-141.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.21, p. 39-55, 2º semestre 2013. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/10/D21-C03.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

SOARES, Marcelo Negri; PRAZAK, Mauricio Ávila; MEN, Leticia Squaris Camilo. Negócios jurídicos processuais e sua (in)aplicabilidade nas demandas em que se discutem direitos da personalidade do consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Lisboa, a. 6, n. 3, p. 1373-1392, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1373\\_1392.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1373_1392.pdf). Acesso em: 11 jul. 2020.

SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio da reparação integral na defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 25, v. 108, p. 89-117, nov./dez. 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 167-189.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. A proteção dos direitos da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 91-119.

TEIXEIRA, Tarcisio; AUGUSTO, Leonardo Silva. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.110, p.177-209, jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em: 03 jun. 2020.

VERICARO, Denis; PAES, Eliana Magno Gomes. A sociedade pós-moderna e o valor jurídico do tempo: as incongruências de tratamento do tempo pelo fornecedor e o dano temporal causado ao consumidor. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 86-107, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/159/215>. Acesso em: 11 jul. 2020.

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: notas sobre a influência dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, v.12, p.63-88, jul./set. 2017.

---

**Recebido em:** 20.12.2020

**Aprovado em:** 10.11.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Cristofer Paulo Moreira Rocha; SILVA, Michael César. Responsabilidade civil pelo dano ao tempo do consumidor. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.106-131, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/11/DIR44-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

# RENEGOCIAÇÃO/REVISÃO DE CONTRATOS CÍVEIS, PANDEMIA DA COVID-19 E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UM DIÁLOGO ESSENCIAL

## RENEGOTIATION / REVISION OF CIVIL CONTRACTS, COVID-19 PANDEMIC AND PROCESSUAL LEGAL BUSINESS: AN ESSENTIAL DIALOGUE

Marcos Ehrhardt Jr.<sup>1</sup>  
André Luis Parizão Maia Paiva<sup>2</sup>

**RESUMO:** A pandemia pode ser considerada como um “fato transversal”, pois causa reflexos em diversos setores da sociedade. Se assim o é, as soluções para os problemas detectados também devem ser pensadas de forma interdisciplinar. É o que se pretende no presente estudo, por meio de uma análise conjunta das ferramentas relacionadas ao direito contratual e um instituto processual, que são os negócios jurídicos processuais. Para isso, será realizada uma ampla revisão bibliográfica com vistas a promover a interseção dos institutos, buscando-se exemplos práticos que possam demonstrar a utilidade da ideia que será defendida.

**Palavras-chave:** ambiente de diálogo; negócios jurídicos processuais; pandemia da covid-19. revisão e renegociação contratual; segurança jurídica.

**ABSTRACT:** The pandemic can be considered as a “cross-sectional fact”, as it causes reflexes in several sectors of society. If so, the solutions to the problems detected must also be thought of in an interdisciplinary way, this is what the study intends to do in the present, through a joint analysis of the tools related to contract law and a procedural institute, which are the procedural legal affairs. For this purpose, a wide bibliographic review will be carried out with a view to promoting the intersection of the institutes, seeking even practical examples that can demonstrate the usefulness of the idea that will be defended.

**Keywords:** dialog environment; procedural legal affairs; covid-19 pandemic; contract review and renegotiation; legal certainty.

---

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário CESMAC. Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCVIL). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado. ORCID 0000-0003-1371-5921

2 Mestrando em Direito Público (UFAL). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (ESA/OAB-AL – Maurício de Nassau). Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Pós-Graduação da UNIT e da ESMAL. Juiz de Direito. ORCID 0000-0003-2914-5054.

## 1 INTRODUÇÃO

Vivencia-se uma experiência pandêmica sem precedentes para a atual geração e algumas anteriores. Algo que, nessas proporções, não era visto pela humanidade há mais de cem anos<sup>3</sup>. A pandemia da Covid-19 mudou a forma como se vê o mundo e o modo de ser das relações sociais. As repercussões da doença causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) ainda são desconhecidas, bem como o momento em que se poderá voltar ao normal ou ao chamado “novo normal”, se é que isso será possível sem que novas “ondas” de infecções ocorram e causem mais restrições sanitárias.

Mas algumas consequências são perceptíveis e já sentidas, notadamente em setores econômicos, com reflexos em diversos ramos da ciência, entre eles o Direito. No âmbito do direito civil, um dos ramos mais discutidos é o contratual, especificamente a identificação dos reflexos da pandemia no adimplemento e/ou na continuidade do próprio vínculo firmado. Nesse cenário, muito se discute sobre os instrumentos do direito civil que podem ser utilizados para solucionar problemas práticos, entre os quais a rescisão, a resolução, o distrato, a revisão e a renegociação contratuais.

No presente estudo, utilizando um método de abordagem dedutivo, mediante pesquisa doutrinária com abordagem qualitativa, demonstrar-se-á que, no ambiente dialógico decorrente de duas ferramentas (a renegociação e a revisão do contrato), a utilização de um instrumento previsto na legislação processual pode ser um vetor importante para gerar segurança jurídica, distensionar futuro litígio e trazer maior tranquilidade aos contratantes. Esse instituto é o negócio jurídico processual, ainda pouco utilizado na prática cotidiana, mas que, se bem manejado, traz inúmeros benefícios.

## 2 OS CONTRATOS CÍVEIS E A PANDEMIA DA COVID-19.

### 2.1 Causas supervenientes à formação do contrato e o enquadramento jurídico da pandemia.

Os contratos são feitos para ser cumpridos. O adimplemento é a forma natural e esperada para o fim do vínculo obrigacional que une os contratantes<sup>4</sup>. Pode ocorrer, porém, que causas supervenientes à formação dos contratos produzam um abalo no pacto firmado, levando até mesmo à sua extinção prematura. Como pontua Karina Nunes Fritz, “oscilações anormais no cenário econômico provocam, em regra, a quebra da base negocial da qual partiram as partes no momento da contratação e dão ensejo à revisão – em caso extremo, à resolução – do contrato<sup>5</sup>”.

Importante, então, saber qual o suporte fático que atrai a incidência de cada um dos institutos. Diante da escolha entre revisar, resilir ou resolver, resta aos operadores jurídicos

3 Segundo dados da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 8/12/2020 havia, no mundo, 67.210.778 casos de Covid-19 confirmados e 1.540.777 mortes. Quanto ao Brasil, registravam-se 6.623.911 casos confirmados, e 177.317 mortes. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 8 dez. 2020.

4 Além do adimplemento, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona colocam sob a denominação de “extinção natural do contrato” outras situações que decorrem da vontade das partes e limitam a eficácia do contrato, possibilitando sua extinção, como vencimento do termo, implemento de condição suspensiva e a frustração da condição suspensiva. (STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 495-497).

5 FRITZ, Karine Nunes. *Alteração das circunstâncias do negócio: como o Direito francês poderia inspirar o PL nº 1.179/2020*. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/como-o-direito-frances-poderia-inspirar-o-pl-1179-2020/>. Acesso em: 1 dez. 2020. Para um aprofundamento sobre o tema, ver a reunião do grupo de pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP), que teve como expositora a professora Karina Nunes Fritz (PUC-RJ), sobre o tema “Pós-Pandemia”, alteração das circunstâncias e revisão contratual”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TpIDNUGI2nl>. Acesso em: 3 dez. 2020.

lidar com esses problemas utilizando as ferramentas disponíveis em nosso ordenamento<sup>6</sup>.

Nos dias atuais, a discussão torna-se ainda mais relevante porque o mundo, de forma inesperada, foi atingido por uma pandemia de proporções ainda desconhecidas em sua totalidade, a qual veio acompanhada de severas medidas de distanciamento social e restrições sanitárias que impactaram (e ainda impactam) a economia global. Como salientado por Karine Nunes Fritz<sup>7</sup>, há amplo consenso, no plano nacional e internacional, de que ninguém foi capaz de antever a recessão econômica na qual o mundo está mergulhando em razão das medidas de combate à pandemia da Covid-19, aplicadas em maior ou menor medida, mas sempre presentes em diversos países no mundo.

Em março de 2020, Anderson Schreiber já observava que

Multiplicam-se, nos últimos dias, artigos jurídicos sobre o impacto do coronavírus nas relações contratuais. A maioria dos textos qualifica a pandemia como “caso fortuito ou força maior”, concluindo, a partir daí, que os contratantes não estão mais obrigados a cumprir seus contratos, nos termos expressos do artigo 393 do Código Civil brasileiro. Outros preferem qualificar o espantoso avanço do novo coronavírus como “fato imprevisível e extraordinário”, invocando o artigo 478 do Código Civil para deixar ao contratante a opção de extinguir o contrato ou exigir sua revisão judicial<sup>8</sup>.

É importante destacar que não há como encontrar uma solução única para todos os contratos. É bem fácil sucumbir à falsa noção de que é possível encontrar uma única saída, vale dizer, uma solução padrão para todos os desafios que estamos a enfrentar<sup>9</sup>. Da mesma forma, Carlos Pianovisk lembra que “a força obrigatória dos contratos é a regra mesmo em momento de grave crise, de modo que uma moratória universal não encontra respaldo no ordenamento jurídico – que, reitere-se, já contém normas para as situações excepcionais<sup>10</sup>”.

Não é possível, portanto, presumir que há uma situação uniforme, de prejuízos a todos os contratos. Há, inclusive, casos em que a pandemia certamente trouxe incremento de receitas a algumas atividades, notadamente aquelas relacionadas a venda ou prestação de serviços *online*. Para algumas atividades, portanto, a pandemia, longe de causar prejuízo, acabou por aumentar o lucro<sup>11</sup>.

Mais relevante do que se buscar o enquadramento teórico e genérico da pandemia como força maior ou caso fortuito, por exemplo, é analisar o impacto concreto que ela teve

6 EHRHARDT JR., Marcos. *Primeiras impressões sobre os impactos do distanciamento social nas relações privadas em face da pandemia do COVID-19*. Editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Ano 9, n. 23. Sobre essa temática, recomenda-se assistir palestra proferida para o evento do Portal “Seufuturo”, que teve como título: “Que ferramentas o CC/02 dispõe para enfrentar as alterações das circunstâncias negociais em tempos de pandemia da Covid-19?” Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qEzOMrWPQko>. Acesso em: 1 dez. 2020.

7 FRITZ, Karine Nunes. *Alteração das circunstâncias do negócio: como o Direito francês poderia inspirar o PL nº 1.179/2020*. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/como-o-direito-frances-poderia-inspirar-o-pl-1179-2020/>. Acesso em: 1 dez. 2020.

8 SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 24 jun. 2020.

9 EHRHARDT JR., Marcos. *Primeiras impressões sobre os impactos do distanciamento social nas relações privadas em face da pandemia do COVID-19*. Editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Ano 9, n.23.

10 PIANOVISK, Carlos Eduardo. *A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em: 24 jun. 2020.

11 Sobre o tema, confira-se a gravação da live ocorrida no dia 18.6.2020, o perfil @tjal.official, para o projeto ESMAL ao vivo, com exposições de Gustavo Souza Lima e Marcos Ehrhardt, sobre o tema “A pandemia e sua repercussão nos contratos civis”, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fSdOnTl0s3s>. Acesso em: 1 dez. 2020.

em cada relação contratual. Até porque, como lembra Fernando Simão<sup>12</sup>, não há distinção eficaz entre caso fortuito e força maior no tocante aos contratos, já que ambos implicam o inadimplemento involuntário, previsto no art. 393 do Código Civil.

De igual modo, é preciso ter cuidado para não incorrer no equívoco de enquadrar a pandemia como *fato do príncipe*, já que este decorre daquela, mas com ela não se confunde. Ou seja, a pandemia não é fato do príncipe, mas sim as medidas tomadas por causa dela, com o intuito de prevenir o contágio e tentar diminuir o número de novos casos. São exemplos citados<sup>13</sup>: proibições estatais de funcionamento dos canteiros de obra para garantia do distanciamento social, limitações ao transporte de funcionários, dificuldades do recebimento de insumos oriundos de outras localidades, entre outros.

Nesse contexto, é preciso ter serenidade no manejo das ferramentas trazidas pela legislação. Anderson Schreiber adverte que “não se pode classificar acontecimentos – nem aqueles gravíssimos, como uma pandemia – de forma teórica e genérica para, de uma tacada só, declarar que, pronto, de agora em diante, todos os contratos podem ser extintos ou devem ser revistos<sup>14</sup>”.

No mesmo sentido, Gisele Sampaio Guedes lembra que a pandemia tem potencial para preencher o suporte fático de incidência tanto do regime do caso fortuito ou de força maior, como também dos regimes estabelecidos pelos artigos 317 e 478 do Código Civil, “mas certamente não poderá servir de escusa geral, para justificar todo e qualquer descumprimento ocorrido no seu curso<sup>15</sup>”.

Para o presente estudo, far-se-á o recorte na problemática relacionada ao impacto da pandemia nas relações contratuais, para tratar apenas daquelas em que o objeto da obrigação ainda é útil ao credor, ou seja, apenas as situações em que o contrato poderá ser objeto de revisão judicial ou renegociação entre as partes. Esse enfoque se justifica porque é nessas duas figuras que podemos vislumbrar com mais facilidade um ambiente de diálogo entre as partes, no qual mostraremos a utilidade da inserção de negócios processuais.

Quais seriam, então, os parâmetros a ser observados para que se possa cogitar em revisão ou renegociação contratual? É o que se estabelecerá no próximo tópico deste estudo.

## **2.2 Requisitos específicos para analisar a possibilidade de revisão e renegociação de contratos atingidos pela pandemia da Covid-19.**

O que se anuncia no período pós-pandemia (e até mesmo já verificado no período pandêmico) é um cenário de crise econômica, de impossibilidade de cumprimento das obrigações. Caso não haja (re)negociação, ter-se-á o ajuizamento em massa de demandas judiciais visando à revisão de contratos<sup>16</sup>.

12 SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em: 24 jun. 2020.

13 EHRHARDT JR., Marcos. *Impactos da covid-19 nos contratos imobiliários*. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324464/impactos-da-covid-19-nos-contratos-imobiliarios>. Acesso em: 24 jun. 2020.

14 SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 24 jun. 2020.

15 GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Cláusula penal em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/328983/clausula-penal-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 24 nov. 2020.

16 Acerca dos impactos da Covid-19 nas relações contratuais, recomenda-se, para fins de aprofundamento, assistir à gravação da reunião virtual do grupo de pesquisa Constituição das Relações Privada (CONREP), ocorrida no dia 10.4.2020, tendo como expositores o Ministro Luiz Edson Fachin e os professores Marcos Ehrhardt Júnior e Pablo Malheiros da Cunha Frota, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=YoX7FV4qX9w>. Acesso em: 3 dez. 2020.

No âmbito da revisão judicial dos contratos, será importante levar em consideração se a pandemia da Covid-19 foi a causa exclusiva do inadimplemento contratual e, para tanto, investigar-se-á se outros contratos congêneres também deixaram de ser cumpridos no mesmo período<sup>17</sup>. Do contrário, como alerta Gisele Sampaio Guedes, “corre-se o risco de a pandemia acabar servindo de escusa geral para justificar todo e qualquer descumprimento, eximindo o devedor das consequências daí decorrentes<sup>18</sup>”.

De igual modo, é imperioso identificar a legislação aplicável ao contrato, se o Estatuto de Defesa do Consumidor ou o Código Civil, pois cada legislação dispõe de seus próprios mecanismos, com requisitos e pressupostos específicos. O presente estudo, cuidará apenas dos contratos paritários, em que há espaço para (re)negociação entre as partes.

Outro ponto importante a ser investigado é a existência ou não de cláusulas contratuais específicas que disciplinem a situação de excepcionalidade, já que estas, uma vez pactuadas, devem prevalecer. Sobre isso, Aline Valverde Terra<sup>19</sup> observa que, no exercício legítimo da autonomia privada, as partes podem ter gerido o risco contratualmente, alocando-o a uma delas, caso em que prevalecerá o que foi pactuado.

Essa é a diretriz trazida pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica), que alterou o art. 421 e acrescentou o art. 421-A no Código Civil<sup>20</sup>, positivando o que Flávio Tartuce e a doutrina especializada vêm chamando de “princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual”<sup>21</sup>.

Mais um aspecto que deve ser levado em consideração é o momento em que a mora se verificou. Esse ponto é importante porque a revisão terá lugar naquelas obrigações cuja mora se deu após o período de anormalidade, não servindo para justificar inadimplementos já existentes. A gravidade da situação não permite tolerar comportamentos oportunistas de quem buscará eximir-se de obrigações negociais válidas e eficazes sem demonstração de que a pandemia da Covid-19 alterou a *performance* contratual<sup>22</sup>.

Assim, dentro das balizas acima explicitadas, poderá ser cogitada a revisão do contrato por meio de uma demanda judicial ou, o que seria preferível, ser feita a renegociação contratual entre as próprias partes. Em ambas as hipóteses, como já anunciado, haverá espaço para o diálogo. Na renegociação conduzida pelos próprios contratantes, a retomada das tratativas é algo inerente ao próprio instituto. Na revisão, como há a política judiciária de promoção e priorização da autocomposição (conforme será demonstrado adiante), o diálogo também deverá estar presente.

Como bem pontuado por Aline Valverde Terra, “a solução, como se vê, não é fácil, como não o é a situação excepcional que se vivencia. Ao que parece, o melhor caminho é o

17 EHRHARDT JR., Marcos. *Primeiras impressões sobre os impactos do distanciamento social nas relações privadas em face da pandemia do COVID-19*. Editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Ano 9, n.23.

18 GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Cláusula penal em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/328983/clausula-penal-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 24 nov. 2020.

19 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Covid-19 e os contratos de locação em shopping center*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 24 nov. 2020.

20 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual; Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que [...].

21 TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos Extinção, revisão e conservação Boa-fé, bom senso e solidariedade*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em: 24 jun. 2020.

22 EHRHARDT JR., Marcos. *Primeiras impressões sobre os impactos do distanciamento social nas relações privadas em face da pandemia da Covid-19*. Editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Ano 9, n. 23.

diálogo, a negociação pautada pela boa-fé<sup>23</sup>”.

É nesse cenário que a exata compreensão dos negócios jurídicos processuais e a oportunidade de sua previsão ganham relevo. Antes, porém, de se fazer o entrelaçamento dos temas, deve-se passar em revista alguns conceitos fundamentais sobre este instituto processual.

### 3 NOÇÕES GERAIS SOBRE A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

#### 3.1 Conceito, tratamento legal e importância do Instituto

Na seara processual, ao lado da negociação sobre o objeto litigioso, ganhou destaque nos últimos anos, também, a negociação sobre o processo respectivo, ou seja, a permissão legal para que as partes, ainda que não haja acordo sobre o conflito, possam estabelecer, de forma consensual, como o procedimento deve ser conduzido.

O CPC/15 inovou no tratamento normativo dedicado aos negócios jurídicos processuais, não na sua previsão em nosso sistema jurídico, mas sim em sua amplitude. Com efeito, já havia, na codificação anterior, previsão legal possibilitando a modificação, pela vontade das partes, de certos e determinados poderes, ônus, faculdades e deveres processuais. Além disso, o Código revogado previa, em alguns casos, a realização de negócios jurídicos sobre procedimento, a fim de viabilizar flexibilizações necessárias à efetividade da tutela jurisdicional<sup>24</sup>.

Todavia, não havia expressamente uma cláusula geral que permitisse a negociação processual de forma ampla, possibilitando às partes a criação de outros negócios processuais e fugindo dos modelos preestabelecidos na lei. Assim, para além dos negócios jurídicos processuais típicos – assim denominados aqueles previstos expressamente no Código Processual Civil, o atual diploma processual trouxe o que a doutrina especializada vem chamando de cláusula geral de negociação atípica, prevista no artigo 190 do CPC/15.

No plano dogmático, para que possamos tratar dos negócios jurídicos processuais, é preciso voltarmos um pouco e nos situarmos dentro da Teoria Geral do Direito. Isso porque negócio jurídico é conceito fundamental, sendo espécie de fato jurídico, entendido este último como o resultado da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático. Como leciona Pontes de Miranda, “com a incidência da regra jurídica, o suporte fático, colorido por ela (= juridicizado), entra no mundo jurídico<sup>25</sup>”.

Como se sabe, Pontes de Miranda elaborou uma classificação dos fatos jurídicos conforme a composição do cerne do suporte fático da norma jurídica, observando-se a conformidade ou desconformidade com o direito e a presença ou não do elemento volitivo. Assim, pode-se conceber a seguinte divisão dos fatos jurídicos: i) lícitos, que se subdividem em fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *lato sensu* (abrangem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos); e ii) ilícitos.

Na classificação dos fatos jurídicos, destaca-se a noção de negócio jurídico como aquele que, além de possuir a manifestação ou declaração consciente de vontade como elemento nuclear do suporte fático, possibilita às pessoas o poder de escolha da categoria eficaz do ato, nos limites predeterminados pelo sistema jurídico<sup>26</sup>. Nesse passo, Pontes de Miranda aduz que: “O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade

23 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Covid-19 e os contratos de locação em shopping center*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 24 nov. 2020.

24 Citem-se, a título ilustrativo, os seguintes artigos do CPC/73: 111 (eleição de foro), 181 (convenção sobre prazos dilatórios), 265, inciso II (convenção para suspensão do processo) e 333, parágrafo único (distribuição do ônus da prova).

25 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo I, p. 74.

26 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 189.

humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico”.<sup>27</sup>

Importante destacar que ao trazer a noção de fato jurídico ao campo processual, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira definem fatos jurídicos processuais *lato sensu* como eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais<sup>28</sup>. No mesmo sentido, Antônio do Passo Cabral conceitua fato jurídico processual como “todo evento que assume caráter *jurídico* pela incidência de uma norma processual, e que produz ou pode produzir efeitos em um processo<sup>29</sup>”.

Já o negócio jurídico processual é conceituado como fato jurídico cujo suporte fático, delineado em norma processual, além de conter a vontade como elemento nuclear, permite ao sujeito a escolha da categoria jurídica ou o estabelecimento de certas situações jurídicas processuais, observando-se os limites impostos pelo sistema jurídico<sup>30</sup>.

### 3.2 Negócio jurídico sobre o processo (“pré-processual”) e negócio jurídico processual

Percebe-se, na definição de fato jurídico processual de Pedro Henrique Nogueira – à qual aderimos –, que para a caracterização de um fato jurídico como “processual” não basta a previsão do suporte fático em *norma processual*; é necessária a existência (concomitante ou posterior) de um procedimento a que se refira o fato jurídico.

Desse modo, à luz da teoria do fato jurídico, a existência de um procedimento a que se refira é um elemento completante do núcleo do suporte fático. Uma vez ajuizada a demanda, o suporte fático processual se compõe. Com efeito, a título ilustrativo, uma procuração outorgada a um advogado, a qual instrumentaliza o contrato de mandato, é um negócio jurídico, mas não pode, desde já, ser considerado um negócio jurídico processual, pois eventual demanda judicial não pode sequer chegar a ser ajuizada.

A outorga de uma procuração é, portanto, um negócio jurídico *sobre* o processo, e não propriamente um negócio jurídico *processual*, pois consiste num ato apenas potencialmente processual. Afastamo-nos, portanto, da expressão negócio jurídico *pré-processual*, utilizada por muitos, em razão de sua atecnia, de acordo com o marco teórico abraçado.

A constatação acima é importante para que se possa empregar o termo técnico correspondente em cada uma das situações e, com isso, fazer o devido enquadramento no regime de validade respectivo, quando necessário.

Fixadas essas premissas, pode-se afirmar que, quando forem feitas tratativas acerca da renegociação contratual, podem ser pactuados tanto negócios jurídicos sobre o processo quanto negócios jurídicos processuais (se o diálogo dos contratantes ocorrer *fora* do processo, mas com demanda judicial já em curso). Já no tocante à revisão contratual, os acordos entabulados serão sempre negócios jurídicos processuais, pois a revisão é instituto que decorre da intervenção judicial.

O artigo 190 do CPC/15 traz os requisitos relevantes que devem ser preenchidos pelo negócio jurídico processual atípico para que ele ingresse no plano da validade, sem o risco de receber a sanção da nulificação. Dispõe o referido artigo:

27 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Tomo III, p. 55.

28 DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 37-38.

29 CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, 3. ed., p. 60.

30 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 152.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.  
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No campo doutrinário, os requisitos de validade dos negócios processuais são objeto de agrupamentos e sistematizações variadas. Ultrapassam os limites do presente estudo a menção e a análise de cada uma delas. Optou-se, então, por explicitar aquela realizada pelos marcos teóricos seguidos.

Assim, para que a convenção processual atípica seja perfeita e possa ingressar no plano da validade, deverá preencher alguns requisitos complementares do suporte fático. Sobre eles, Fredie Didier Júnior<sup>31</sup> lembra que, além dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico, os negócios processuais devem observar a capacidade processual; inexistência de situação de manifesta vulnerabilidade; objeto lícito, englobando direitos que admitem autocomposição; e forma livre, salvo previsão legal em sentido diverso<sup>32</sup>.

#### **4 NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL NO CONTEXTO DA RENEGOCIAÇÃO E REVISÃO CONTRATUAIS.**

##### **4.1 Os negócios jurídicos processuais como parte integrante da política judiciária de fomento à autocomposição dos conflitos**

A negociação na solução de litígios vem sendo amplamente estudada e incentivada nos dias de hoje<sup>33</sup>, sendo erigida expressamente como política de Estado a partir da edição do vigente Código de Processo Civil, conforme previsão contida em seu artigo 3º, § 2º<sup>34</sup>, havendo previsão do incentivo às soluções consensuais também no âmbito administrativo (art. 174<sup>35</sup>).

Além disso, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, conforme prevê o § 3º do art. 3º do CPC/15.

É nesse contexto que deve ser entendido o negócio jurídico processual, como um componente a ser observado na etapa de tentativa de autocomposição das partes. Sobre

31 DIDER JR., Fredie. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 33-40.

32 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.231-232. Antônio do Passo Cabral, partindo de outras premissas teóricas, aponta como requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais a legitimidade *ad actum* e a proteção da situação jurídica de terceiros; capacidade das partes; informação adequada; ausência de vícios de vontade; licitude do objeto; reserva de lei; boa-fé e cooptação; igualdade; e vedação de transferência de externalidades. (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020).

33 Nesse sentido, o CNJ possui um feixe de projetos e ações enquadrados no chamado “Movimento pela Conciliação”, que promove, anualmente (e geralmente mais de uma vez por ano), Semanas Nacionais da Conciliação, por meio do qual os Tribunais de todo o país realizam mutirões de conciliações e mediações de demandas judiciais em curso (em 2020, foi realizada a XV Semana Nacional da Conciliação, no período de 30.11 a 4.12.2020). Há, também, o prêmio “Conciliar é Legal”, em que o CNJ reconhece as práticas de sucesso, estimula a criatividade e dissemina a cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos; além de um Banco de Boas Práticas, destinadas a catalogar práticas que incentivem a autocomposição. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 8 dez.2020.

34 Art. 3º, § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

35 Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo [...].

isso, leciona Pedro Henrique Nogueira:

É preciso reconhecer que a autocomposição, examinada enquanto fenômeno no processo, possui uma *dimensão substancial*, quando vertida para os direitos litigiosos (v.g. acordos e transações celebrados pelas partes para pôr fim ao litígio), e uma *dimensão processual*, centrada na busca de consenso em torno do procedimento ou de situações jurídicas processuais (aqui, o espaço para os negócios jurídicos processuais). Por isso, não se pode desprezar a existência de soluções autocompositivas tipicamente processuais.

Esse ponto é fundamental para o presente estudo: os negócios processuais devem ser compreendidos ao lado dos negócios de direito material. Se a autocomposição visa à solução construída pelas partes em torno do bem da vida (objeto litigioso, caso já haja processo), ela também abrange o acordo sobre o instrumento que poderá ser utilizado em caso de inadimplemento do que está sendo ajustado.

Ainda que não haja consenso sobre o litígio, nada impede que exista ao menos acordo sobre o procedimento ou situações jurídicas processuais. As partes “acordam” que vão continuar com o litígio, e dispõem sobre as normas de como este irá se desenvolver.

Tendo-se esta noção ampliada do conteúdo da promoção estatal da autocomposição, a qual deverá abranger a negociação sobre o processo, fica fácil compreender que a inserção das discussões sobre a pactuação dos negócios processuais também na seara contratual é salutar e deve ser encarada até com maior naturalidade.

Ora, se diante de um litígio já existente o CPC/15 traz o dever de incentivo à autocomposição (inclusive do processo, como destacado) – que, no âmbito do presente estudo, teria lugar em uma demanda de revisão contratual, com mais razão a negociação sobre o processo deverá ser feita na fase que antecede a demanda judicial, quando as partes estão (re)negociando suas obrigações e ainda não existe um litígio judicial. Este ponto, aliás, será desenvolvido com mais profundidade no próximo tópico, devido à sua relevância.

#### **4.2 O ambiente de diálogo como momento ideal para a negociação processual**

A pandemia pegou todos de surpresa, inclusive o legislador. Não há como aguardar o necessário amadurecimento dos debates no Congresso Nacional para que se obtenha uma solução dos problemas enfrentados. Assim, o diálogo entre os interessados para juntos, construir uma saída é, sem dúvida, o caminho mais rápido e eficaz.

A renegociação contratual traz para o diálogo, mais uma vez, as partes contratantes, que (re)avaliarão suas situações diante do objeto contratado. Na revisão, por se tratar de demanda judicial, deverá ser priorizada pelo Poder Judiciário a tentativa de autocomposição, como demonstrado acima, por se tratar de política judiciária positivada no CPC/15.

Assim, tanto na renegociação quanto na revisão, o diálogo aparece como peça-chave, priorizando-se a solução que será construída de forma cooperativa entre os interessados.

A negociação sobre o processo tem a particularidade de dispor sobre normas que incidirão apenas em caso de crise no adimplemento da obrigação. É natural que as partes se descuidem deste tópico no instrumento contratual, até porque partem da legítima expectativa do seu fiel cumprimento. Todavia, é preciso se ter em mente que o ambiente de diálogo é, sem dúvida, o campo mais fértil para que concessões mútuas possam ser feitas, de modo que a inclusão de normas sobre futuro e eventual processo traz ganho de eficiência e se traduz em maior segurança para os contratantes. Isso precisa ser enxergado e fomentado.

Diante de um quadro no qual o ritmo das decisões judiciais costuma estar em

descompasso com os interesses e as necessidades das pessoas, as partes são obrigadas a adotar um comportamento colaborativo e legal com o objetivo de se alcançar o melhor adimplemento possível para todos os figurantes da relação negocial<sup>36</sup>.

No mesmo sentido, Flávio Tartuce afirma que “chegou o momento de as partes contratuais no Brasil deixarem de se tratar como adversários e passarem a ser comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, é preciso agir com solidariedade<sup>37</sup>”.

Aqui, outro aspecto ganha relevância: a percepção de que as situações jurídicas processuais ou as regras legais sobre o procedimento podem ser utilizadas como “ativos” durante uma negociação de direito material, conforme demonstrado a seguir.

#### **4.3 Situações jurídicas processuais e flexibilização do procedimento como contrapartida negocial**

No cenário de crise econômica, a qual já começa a surtir efeitos negativos, é intuitivo concluir que o poder aquisitivo das pessoas sofrerá sério abalo, aumentando sua situação de superendividamento ou, ao menos, tornando-as prestes a ingressar nessa delicada situação.

Dessa maneira, a utilização de situações jurídicas processuais (deveres, ônus, poderes e faculdades) e a possibilidade de flexibilização procedimental como contrapartida durante a renegociação contratual ou como meio de garantir o cumprimento do objeto obrigacional mostram-se uma saída eficaz que atende aos interesses das partes<sup>38</sup>.

Basta imaginar uma situação em que o devedor não possui garantias pecuniárias ou bens para ofertar ao credor durante a renegociação do débito em mora, mas acorda em flexibilizar eventual demanda de cobrança (por meio da redução de prazos, contagem em dias corridos, supressão de audiências etc.) ou de execução (já indicando bem a ser penhorado, por exemplo), tornando-as mais céleres e, com isso, facilitando a recuperação do crédito. Nesse caso, o credor obtém uma segurança maior para finalizar a (re)negociação, e o devedor consegue, fazendo uso de um negócio jurídico sobre o processo, manter o vínculo contratual.

O campo é fértil e há diversas situações em que se poderia pensar, nas quais a inserção de negócios jurídicos processuais ou negócios sobre o processo representam um ganho para ambas as partes. Apresenta-se, abaixo, sem a pretensão de exaurir as hipóteses, alguns exemplos.

#### **4.4 Alguns negócios jurídicos processuais que podem ser celebrados em sede de renegociação ou revisão contratual**

No atual contexto, muito se tem discutido sobre a existência ou não de um *dever de renegociar*. Na doutrina, o tema foi tratado com profundidade por Anderson Schreiber,

36 EHRHARDT JR., Marcos. *Primeiras impressões sobre os impactos do distanciamento social nas relações privadas em face da pandemia da Covid-19*. Editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Ano 9, n. 23.

37 TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em: 24 jun. 2020.

38 Há situações concretas decididas pelos Tribunais pátrios neste período pandêmico, em que se vislumbra a flexibilização de procedimentos ou situações jurídicas processuais em decorrência dos efeitos da disseminação da Covid-19. Cite-se o caso dos autos do processo nº 0002246-50.2020.8.16.0194, em que um juiz do TJPR suspendeu ordem de despejo para não macular o isolamento social de uma família; nos autos do processo nº 1002563-95.2020.8.26.0309, um juiz do TJSP suspendeu o cumprimento de mandado de busca e apreensão em alienação fiduciária, enquanto durar a pandemia; Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu liminar para suspender a arrematação de um imóvel em leilão judicial, com fundamento na pandemia da Covid-19 (Proc. 2061573-10.2020.8.26.0000). Já o Juízo da 38ª Vara Cível do TJ/RJ indeferiu pedido de penhora on-line, em virtude da “pandemia do coronavírus reconhecida pela OMS e a possibilidade de decretação de estado de emergência e crise econômica em nosso país”. Essas e outras decisões foram catalogadas pelo Observatório Covid-19 da Escola da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul AJURIS, disponível em [http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/images/Conjunto\\_de\\_Deciso%CC%83es\\_Judiciais\\_Boletim\\_Gapri\\_Covid19\\_-\\_Abril\\_2020.pdf](http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/images/Conjunto_de_Deciso%CC%83es_Judiciais_Boletim_Gapri_Covid19_-_Abril_2020.pdf). Acesso em: 5 dez. 2020.

que, ao ressaltar a necessária preservação da força obrigatória dos contratos, aponta, como corolário da boa-fé, a existência de tal dever implícito. Para ele, o dever de renegociar pode tanto ser previsto contratualmente em cláusula de *hardship*, como derivar diretamente da função integrativa da boa-fé<sup>39</sup>.

Carlos Pianovisk<sup>40</sup> ressalta que se, de um lado, é necessário rechaçar eventuais comportamentos oportunistas do devedor, não se pode olvidar que, quando efetivamente há repercussão da pandemia sobre o vínculo contratual, a boa-fé exige do credor comportamentos de cooperação, sob pena de também ser considerado comportamento oportunista.

O dever de renegociar ganhou tanto relevo atualmente que já há doutrina sustentando que ele poderia ser tido como condição de procedibilidade para o ajuizamento de demanda revisional. Nesse sentido, destaca Marco Aurélio Bezerra de Melo:

Se for admitida a premissa de que a recusa indevida de renegociar o contrato diante de desequilíbrio contratual configura ato ilícito, é possível existir uma lei que determine tal comportamento antes da demanda judicial. Além dos requisitos processuais do artigo 330, §§ 2º e 3º, do CPC para as ações revisionais de obrigação, deveria ser demonstrada ao julgador a existência de uma prévia tentativa de renegociação e que esta restou frustrada, pois o réu a quem se imputa, no âmbito da teoria da asserção, a vantagem excessiva, se recusou a rediscutir o contrato que se protraí no tempo e foi alvejado pela pandemia<sup>41</sup>.

A despeito de ser uma tese sedutora, sem dúvida a imposição do preenchimento de requisitos prévios como condição para o ajuizamento de demanda judicial traz uma série de controvérsias e questionamentos, notadamente em face do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88<sup>42</sup>).

Por outro lado, caso as próprias partes prevejam o dever de renegociar no próprio instrumento contratual, como etapa obrigatória antes do ingresso no Poder Judiciário, grande parte das controvérsias seriam dissipadas. Ou seja, por meio de um negócio jurídico sobre o processo, o dever de renegociar como condição de procedibilidade pode se tornar uma realidade, trazendo maior racionalidade no ajuizamento de demandas revisionais, ou até mesmo evitando-as.

Assim, como forma de efetivação do dever de renegociação contratual, pode ser prevista cláusula que imponha às partes a *busca da conciliação extrajudicial como medida prévia ao ajuizamento da demanda*, ou mesmo haver previsão escalonada de mediação antes do ingresso em juízo, de modo que as partes devem observar algumas etapas no processo de autocomposição - o que poderia incluir um número mínimo de sessões de mediação -, como condição prévia ao ingresso da demanda no Poder Judiciário. Esses acordos, por repercutirem no exercício do direito fundamental à jurisdição, são negócios jurídicos sobre o processo.

39 Para um aprofundamento no tema: SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2017. Ainda sobre o dever de renegociar, dentre outros: SILVA, Luiz Augusto da. O dever de renegociar contratos: O que é e modo de usar. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/328581/o-dever-de-renegociar-contratos--o-que-e-e-modo-de-usar>. Acesso em: 24 nov. 2020; MACHADO, André Roberto de Souza. A aplicação do dever de renegociar. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-edilicias/323961/a-aplicacao-do-dever-de-renegociar>. Acesso em: 24 nov. 2020.

40 PIANOVISK, Carlos Eduardo. *A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em: 24 jun. 2020.

41 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Por uma lei excepcional: Dever de renegociar como condição de procedibilidade da ação de revisão e resolução contratual em tempos de covid-19*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325543/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-de-procedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 24 jun. 2020.

42 Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse mesmo contexto, pode ser pactuada a divisão de custos com a contratação de laudo, parecer contábil ou honorários advocatícios para que sejam produzidas informações relevantes que auxiliem a tomada de decisões pelas partes, sendo, assim, inserido negócio jurídico sobre os *custos de eventual processo* judicial. Todos os custos da futura demanda podem ser objeto de acordo entre as partes<sup>43</sup>.

Outro negócio jurídico sobre o processo que pode ser cogitado é o *regramento da perícia em contratos imobiliários*, prevendo, por exemplo, que em caso de alegação de vício redibitório, a perícia será realizada sem visitas *in loco*, bastando a análise de fotografias, o que baratearia o ato, ou mesmo ser previsto o rateio da perícia por ambas as partes.

De grande utilidade prática, também, é a inserção de *pacto non petendo*<sup>44</sup> no contrato, a prever uma espécie de prazo de “respiro”, no qual seria vedada às partes ajuizarem demandas para revisar ou rescindir o contrato, estabelecendo uma espécie de moratória convencional. De igual modo, e com a mesma natureza de promessa de não litigar, ainda que em menor medida, seria a previsão de *pacto de não alegar nulidade do contrato*, que traria maior segurança para ambas as partes.

Mais um acordo que poderia ser introduzido no instrumento de renegociação contratual é o *negócio de certificação*<sup>45</sup>, que possui natureza híbrida (material e processual) e serve para que as partes definam a interpretação de um contrato anterior. O negócio de certificação serviria, então, para diminuir a insegurança jurídica em virtude do tensionamento da relação decorrente da pandemia e a retomada da atividade econômica.

A cláusula que contém o negócio de certificação poderia versar, por exemplo, sobre a interpretação fixada de antemão pelas partes acerca dos fatos que se enquadrariam na hipótese de “situação excepcional superveniente” apta a deflagrar a renegociação. O distanciamento social, as medidas restritivas decretadas pelas autoridades sanitárias seriam consideradas hipóteses excepcionais? No caso das medidas restritivas, a partir de quanto tempo de duração da sua vigência já se poderia presumir algum efeito sobre a relação contratual específica? O negócio de certificação traria essas respostas e funcionaria como espécie de negócio jurídico probatório, já que os fatos por ele ajustados entre as partes seriam, no processo, tidos como incontrovertidos<sup>46</sup>.

A importância desse tipo de negócio pode ser observada na situação trazida por Nelson Rosenvald:

Se os termos “doença” ou “epidemia” estiverem expressamente incluídos na avença, é provável que o fornecedor seja protegido pela cláusula de qualquer reclamação contra ele por não cumprir suas obrigações, em razão do surto de coronavírus. Caso o contrato não inclua epidemias e pandemias, mas acresce atos de governos que impedem ou restringem sua capacidade de executar o contrato um bom caminho terá sido percorrido (pois proibições de

43 Acerca do tema, há dois textos que o aprofundam: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções sobre o custo da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites*. Revista de Processo, Vol. 276, 2018, p.61-90, fev. 2018; e CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções sobre o custo da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais*. Revista de Processo, vol. 277, 2018, p. 47-79, mar. 2018.

44 Sobre o assunto, há dissertação de mestrado defendida na UERJ, dedicada exclusivamente a ele, cuja versão comercial já fora publicada: TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular: o pacto de non petendo reinterpretado*. Salvador: Juspodivm, 2020. Na obra citada, conceitua-se o *pacto de non petendo* como negócio jurídico processual “por meio do qual determinada parte compromete-se, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito ou parte dele, podendo também prometer não se valer de um mecanismo processual ou procedimental a que teria direito para satisfação da obrigação” (TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular: o pacto de non petendo reinterpretado*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.179-180).

45 O tema vem sendo desenvolvido, no Brasil, pelo professor da UERJ, Antônio do Passo Cabral, que já realizou debate público na plataforma academia.edu e possui artigo científico sobre o tema, no prelo.

46 Sobre isso, dispõe o art. 374 do CPC/15 que: Art. 374. Não dependem de prova os fatos: [...] III - admitidos no processo como incontrovertidos.

viagens e o fechamento forçado de instalações são atos que podem impedir ou restringir a capacidade de entrega). Se nenhuma das duas alternativas anteriores for atendida, mesmo que tenha sido especificado o vocábulo “*act of god*” (ou outro termo abrangente) haverá necessidade de considerável cuidado na hermenêutica contratual<sup>47</sup>.

Outros tantos negócios jurídicos processuais podem ser cogitados com vistas a trazer maior segurança para as partes contratantes, como a *previsão de irrecorribilidade de eventual decisão concessiva de liminar em ação de despejo*, o estabelecimento de *preferência de bens a serem penhorados* em futura demanda executiva, a *relativização de impenhorabilidades* para dar mais garantias ao credor, a *redução e/ou contagem diferenciada de prazos e formas simplificadas de comunicação processual*, entre outros.

É importante destacar que os exemplos listados neste estudo possuem a fase pré-processual como campo fértil para a sua estipulação pelas partes, de modo que seriam inseridos negócios jurídicos sobre o processo no contexto da renegociação contratual. Não obstante, os mesmos pactos podem ser incluídos nos termos da autocomposição realizada pelas partes em demanda judicial de revisão contratual, caso em que haveria cláusulas estipulando negócios jurídicos processuais para reforçar seu adimplemento ou para trazer maior eficiência em eventual demanda executiva.

## 5 CONCLUSÕES

A pandemia pode ser considerada como um “fato transversal”, pois causa reflexos em diversos setores da sociedade, como na economia, educação, trabalho e cultura, entre outros. Se assim o é, as soluções para os problemas detectados também devem ser pensadas de forma interdisciplinar.

Foi isso o que se buscou fazer no presente artigo, mostrando como um instrumento processual importante e ainda pouco utilizado – que são os negócios jurídicos processuais – pode ajudar no delicado e crescente tema relacionado aos impactos da pandemia nas relações contratuais cíveis. Com efeito, se bem aplicados, os negócios processuais trazem transparência, lealdade e, sobretudo, segurança jurídica para as partes, que, de forma consensual, estipulam como eventual processo judicial será regulado.

Em tempos difíceis, o recomendável é sempre o diálogo, a solidariedade e o (re)ajuste das situações jurídicas, para adequá-las ao momento atual. O ambiente de diálogo sobressai como uma grande oportunidade de se pensar também no ajuste do processo que pode vir a ser instaurado em caso de mora ou inadimplemento da obrigação que está sendo (re) discutida pelas partes.

Como apontado, o que se espera de uma relação contratual é que o objeto seja cumprido e o vínculo seja extinto pela satisfação do credor. Causas supervenientes, porém, podem abalar a relação obrigacional. Se isso ocorrer, e se é necessário firmar novo ajuste, um prognóstico sobre possível nova mora ou inadimplemento é fundamental. Nessa seara, dispor sobre o ajuste do respectivo processo judicial é medida de extrema importância.

Não se pode olvidar que a inserção de negócios jurídicos processuais nos contratos acaba por incentivar o adimplemento. Se diante de mais de uma relação obrigacional, o devedor se vê na situação de dificuldades financeiras que o levará a optar por qual delas

---

47 ROSENVALD, Nelson. *Os impactos do coronavírus na responsabilidade contratual e aquiliana*. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/03/06/os-impactos-do-coronavirus-na-responsabilidade-contratual-e-aquiliana>. Acesso em: 24 jun. 2020

adimplirá, certamente não se descuidará daquela em que foram previstos negócios sobre processo que facilitam a recuperação da dívida. Isso deve ser percebido e é algo que não se pode ignorar.

Para além do diálogo entre as partes contratantes, o diálogo entre os institutos da renegociação/revisão contratual e os negócios jurídicos processuais é essencial. Em tempos em que a expressão “novo normal” está em voga, espera-se, no âmbito das relações contratuais, que isso signifique um novo olhar, agora interdisciplinar, para essas importantes ferramentas.

## REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDER JR., Fredie. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodium, 2018.

DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodium, 2011.

EHRHARDT JR., Marcos. *Primeiras impressões sobre os impactos do distanciamento social nas relações privadas em face da pandemia do COVID-19*. Editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Ano 9, n. 23.

EHRHARDT JR., Marcos. *Impactos da covid-19 nos contratos imobiliários*. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324464/impactos-da-covid-19-nos-contratos-imobiliarios>. Acesso em: 24 jun. 2020.

GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Cláusula penal em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/328983/clausula-penal-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 24 nov. 2020.

FRITZ, Karine Nunes. *Alteração das circunstâncias do negócio: como o Direito francês poderia inspirar o PL nº 1.179/2020*. Disponível em <https://www.aasp.org.br/em-pauta/como-o-direito-frances-poderia-inspirar-o-pl-1179-2020/>. Acesso em: 1º dez. 2020.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Por uma lei excepcional: Dever de renegociar como condição de procedibilidade da ação de revisão e resolução contratual em tempos de covid-19*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325543/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-deprocedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Tomo III.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PIANOVISK, Carlos Eduardo. *A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em: 24 jun. 2020.

PIANOVISK, Carlos Eduardo. *A força obrigatória dos contratos nos tempos do coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *Os impactos do coronavírus na responsabilidade contratual e aquiliana*. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/03/06/os-impactos-do-coronavirus-na-responsabilidade-contratual-e-aquiliana>. Acesso em: 24 jun. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 24 jun. 2020.

SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em: 24 jun. 2020.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em: 24 jun. 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Covid-19 e os contratos de locação em shopping center*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 24 nov. 2020.

---

**Recebido em:** 24.01.2021

**Aprovado em:** 08.11.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

EHRHARDT JR., Marcos; PAIVA, André Luis Parizio Maia. Renegociação/revisão de contratos cíveis, pandemia da covid-19 e negócios jurídicos processuais: um diálogo essencial. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.132-146, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/11/DIR44-06.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

# A SEÇÃO N. 232 DO ATO DE EXPANSÃO DO COMÉRCIO DE 1962 DOS ESTADOS UNIDOS: SEGURANÇA NACIONAL OU PROTECIONISMO ECONÔMICO?

## SECTION N. 232 OF THE UNITED STATES TRADE EXPANSION ACT OF 1962: NATIONAL SECURITY OR ECONOMIC PROTECTIONISM?

Carlos Nestor Lima Passos da Silva Júnior<sup>1</sup>  
Gustavo Ferreira Ribeiro<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Seção n. 232 do Ato de Expansão do Comércio de 1962 dos Estados Unidos autoriza a restrição de importações para a proteção da segurança nacional. Exemplo da incidência da norma está na elevação das tarifas de importação de aço e alumínio em 2018, reiteradas em 2020, pelo Departamento de Comércio (USDoC) dos EUA. Ao se revisitar a literatura sobre o tema, e tendo-se como paradigma o precedente “Rússia – Medidas relativas ao tráfico em trânsito” da Organização Mundial do Comércio (OMC), o presente artigo realiza o cotejo jurídico da Seção n. 232 com a exceção de segurança nacional prevista no art. XXI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT-94). Em consonância com a revisão realizada, corrobora-se a interpretação provável acerca da incompatibilidade da Seção 232 com a normativa da OMC.

**Palavras-chave:** OMC; GATT-94; Art. XXI; Segurança nacional; Seção n. 232.

**ABSTRACT:** Section n. 232 of the United States Trade Expansion Act of 1962 authorizes the restriction of imports for the protection of national security. An example of the incidence of the rule is the increase in tariffs on steel and aluminum imports in 2018, repeated in 2020, by the U.S. Department of Commerce (USDoC). By revisiting the literature on the subject, and taking the precedent “Russia - Measures related to trafficking in transit” of the World Trade Organization (WTO) as a paradigm, this article performs the legal comparison of Section n. 232 with the exception of national security provided for in art. XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT-47). In line with the review carried out, the probable interpretation of the incompatibility of Section 232 with the WTO rules is corroborated.

**Keywords:** WTO; GATT-94; Art. XXI; National Security; Section n. 232.

---

1 Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Assessor de Ministro do STF. Advogado da União.

2 Doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington, EUA. Mestre em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa se a elevação das tarifas de importação de aço e alumínio pelos Estados Unidos em nome da segurança nacional, com fundamento na Seção 232 do Ato de Expansão do Comércio de 1962 (doravante “Seção 232”)<sup>3</sup>, está em harmonia com o art. XXI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT-94)<sup>4</sup>, que autoriza os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) a imporem restrições ao comércio para a proteção da segurança nacional, desde que atendidos determinados requisitos.

De acordo com o art. XXI do GATT-94, os membros da OMC não estão obrigados a fornecer informações que comprometam a segurança nacional, podem limitar o comércio internacional quando necessário para proteger a segurança em tempo de guerra ou grave tensão internacional e estão autorizados a aplicar restrições ao comércio de matéria-prima para a produção de energia nuclear, material bélico ou destinado ao abastecimento das Forças Armadas<sup>5</sup>.

O presente estudo, por meio de abordagem hermenêutica, apontará o descompasso da Seção n. 232 com o supracitado art. XXI do GATT-94. Embora não se pretenda aprofundar nas questões econômicas que motivaram a intervenção restritiva às importações de aço e alumínio pelos Estados Unidos pelas Proclamações Presidenciais ns. 9.704 e 9.705 de 8.3.2018 (reiteradas pela Proclamação Presidencial de 24.1.2020<sup>6</sup>), demonstrar-se-á que determinadas previsões da Seção n. 232 conferem margem ampla para a limitação de importações a pretexto de se proteger a segurança nacional dos EUA, em desarmonia com os compromissos firmados na OMC.

De fato, parte da literatura<sup>7</sup> adverte que um dos mais controversos fundamentos para elevação de tarifas pelos Estados Unidos é a invocação da segurança nacional prevista na Seção n.232 do Ato de Expansão do Comércio. E no direito norte-americano, a própria constitucionalidade da Seção n. 232 vem sendo levantada<sup>8</sup>.

Na próxima seção, serão descritas as circunstâncias que ensejaram a elevação dos impostos sobre aço e alumínio nos EUA. Na sequência, serão examinados os pressupostos da exceção de segurança nacional prevista no art. XXI do GATT-94 e como a OMC tem interpretado o preceito. Em seguida, estudar-se-á a Seção n. 232 do Ato de Expansão do Comércio de 1962 dos EUA, demonstrando-se a sua desarmonia com o art. XXI do GATT-94.

## 2 A ELEVAÇÃO DAS TAXAS DE IMPORTAÇÕES DE AÇO E ALUMÍNIO PELOS ESTADOS UNIDOS

Em 8 de março de 2018, o Presidente dos Estados Unidos editou as Proclamações Presidenciais n. 9.704<sup>9</sup> e n. 9.705<sup>10</sup>, pelas quais, com base na Seção n. 232, impôs às importações de artigos em aço e alumínio impostos adicionais de 25% e 10%, respectivamente.

3 *Trade Expansion Act of 1962 (PUBLIC LAW 87-794-OCT. 11, 1962)*.

4 *General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*.

5 Existem ainda outros dispositivos do sistema multilateral que preveem exceções de segurança, além do artigo XXI do GATT: artigo XIVbis do GATS (Acordo Geral sobre Comércio de Serviços), artigo 73 do Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), artigos 2.2, 2.10, 5.4, 5.7 e 10.8.3 do Acordo TBT (Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio).

6 *Proclamation on Adjusting Imports of Derivative Aluminum Articles and Derivative Steel Articles into the United States*.

7 LESTER, Simon; ZHU, Huan. Closing Pandora’s Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade. *Policy Analysis*, n.874, jun. 2019. Disponível em: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/closing-pandoras-box-growing-abuse-national-security-rationale>. Acesso em: 5 fev. 2020; LESTER, Simon; ZHU, Huan. A Proposal for “Rebalancing” To Deal With “National Security” Trade Restrictions. *Fordham International Law Journal*, Forthcoming, maio, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3368338>. Acesso em: 5 fev. 2020.

8 Acrescentam que o Congresso norte-americano analisa projetos de lei para o controle da autoridade presidencial na matéria em questão.

9 *Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Aluminum into the United States*.

10 *Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States*.

Esses atos foram reiterados na Proclamação Presidencial de 24 de janeiro de 2020.

As medidas foram estabelecidas a partir de dois relatórios do Departamento de Comércio (USDoC)<sup>11</sup> que indicaram a existência de ameaça de impacto à segurança nacional pelo aumento das importações de aço e alumínio e pelo excesso de capacidade global de produção dessas *commodities*. Esse quadro, segundo os relatórios, teria resultado no enfraquecimento de tais setores da indústria norte-americana e na diminuição da capacidade de produção em caso de emergência nacional.

México e Canadá foram excluídos das restrições em razão, dentre outros aspectos, da proximidade territorial das indústrias e dos compromissos compartilhados com os EUA no tocante à segurança nacional<sup>12</sup>. Também ficou aberta a possibilidade de diálogo dos Estados Unidos com outros países para o alcance de caminhos alternativos à elevação das tarifas de importações de aço e alumínio. No caso do Brasil, substituiu-se a sobretaxação do aço por um regime de cotas<sup>13</sup>, as quais podem ser afastadas, por autorização do governo estadunidense se verificada a falta de matéria-prima neste mercado<sup>14</sup>.

Consoante Svetlicinii<sup>15</sup>, as respostas dos parceiros comerciais dos Estados Unidos à elevação de tarifas de importação de aço e alumínio foram rápidas e altamente críticas. Afinal, além da questão do aço e alumínio, o USDoC norte-americano também iniciou, em maio de 2018, investigação sobre automóveis e peças automotivas, concluindo que as importações ameaçavam a segurança nacional porque afetavam a competitividade global dos produtores domésticos, a pesquisa e o desenvolvimento necessários para manter a superioridade militar dos EUA.<sup>16</sup>

Em outro caso, ainda com fundamento na Seção n. 232, mas com maior proximidade a elementos relativos à segurança, o USDoC relatou que importações de minério de urânio estariam ameaçando impactar a segurança nacional. Embora o Presidente dos Estados Unidos não tivesse concordado com as conclusões do Departamento, estabeleceu um grupo de trabalho para revisar a cadeia de suprimentos doméstica daquele produto. Encontra-se em andamento investigação sobre importações de esponjas de titânio.<sup>17 18</sup>

Do ponto de vista econômico, para Maron,

as mudanças deixaram a comunidade internacional em alerta para uma possível guerra comercial em escala global. Além disso, as novas regras movimentaram o setor produtivo dos países atingidos em razão da redução do mercado consumidor (pela aplicação das cotas)<sup>19</sup> e da perda de competitividade frente aos produtos fornecidos por concorrentes internos e de países com tributação favorecida.<sup>20</sup>

11 O primeiro relatório, de 11 de janeiro de 2018, cuidou das importações do aço (*The Effect of Imports of Steel on the National Security*) e o segundo, de 17 de janeiro de 2018, versou as importações de alumínio (*The Effect of Imports of Aluminum on the National Security*).

12 Conforme Proclamações Presidenciais ns. 9.704 e 9.705 de 2018.

13 Brasil fica isento da tarifa de aço dos EUA, mas não da de alumínio. Agência Brasil. Washington, 31 maio 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-05/brasil-fica-isento-de-tarifa-de-aco-dos-eua-mas-nao-da-de-aluminio>. Acesso em: 19 maio 2021.

14 Trump flexibiliza sobretaxa do aço e beneficia Brasil, Argentina e Coreia do Sul. G1. 30 agosto 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/30/trump-flexibiliza-tarifa-de-cota-de-aco-e-beneficia-brasil-argentina-e-coreia-do-sul.ghtml>. Acesso em: 19 maio 2021.

15 SVETLICINII, Alexandr. "Trade Wars are Good and Easy to Win": From Security Exceptions to the Post-WTO World. *KLRI Journal of Law and Legislation*, v.9, n.1, 2019, p.29-62. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3397298](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3397298). Acesso em: 5 fev. 2020, p.32-33.

16 FEFER, Rachel F.; JONES, Vivian C.. Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962. In Focus. Congressional Research Service. jul. 2019. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF10667.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

17 FEFER, Rachel F.; JONES, Vivian C.. Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962. In Focus. Congressional Research Service. jul. 2019. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF10667.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

18 De acordo com o Serviço de Pesquisas do Congresso dos Estados Unidos, desde 1963 foram iniciadas 31 investigações sobre comércio internacional e segurança nacional com fundamento na Seção 232, das quais 16 concluíram pela inexistência de ameaça e 13 apontaram a necessidade de resguardo da segurança nacional. Dessas últimas, 9 investigações resultaram na adoção de medida pelo Presidente (grande parte medidas sobre petróleo).

Sobre o enfoque jurídico, a iniciativa de os EUA utilizarem medidas restritivas ao comércio internacional como solução a uma suposta ameaça à segurança reativou o debate sobre o papel e a aplicação das exceções de segurança nos acordos da OMC, do que avulta a necessidade da abordagem do dispositivo pelos reflexos diretos no comércio internacional. É o que se desenvolve a partir da próxima seção.

### 3 A EXCEÇÃO DE SEGURANÇA NACIONAL PREVISTA NO ARTIGO XXI DO GATT-94

Como bem conhecido na literatura, a aproximação de países com o propósito de reduzirem barreiras tarifárias para o gradativo fluxo de bens originou o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio em 1947 (GATT-47), incorporado, posteriormente, ao conjunto de acordos da OMC.

Destaca Mesquita que *“a OMC consolidou-se como a administradora do conjunto fundamental de regras para o comércio internacional: o sistema de comércio multilateral.”*<sup>21</sup> Sobre esse sistema multilateral de comércio, acrescenta:

Ao final da Rodada Uruguai, foi adotada uma série de acordos (“entendimentos” e “decisões”) que interpretam e, em certos casos, modificam substancialmente artigos específicos do GATT. Esses acordos tratam de taxas de importação, empresas estatais, restrições comerciais por problemas com o balanço de pagamentos, acordos regionais de comércio, derrogação de obrigações (*waivers*) e renegociação de tarifas consolidadas. O conjunto desses acordos, juntamente com as decisões tomadas pelas PARTES CONTRATANTES do GATT ao longo do tempo, os protocolos de acessão e os protocolos referentes às listas de tarifas de cada membro passaram a constituir, juntamente com o texto original do GATT (o “GATT 1947”), um novo documento de base – o “GATT 1994”. O GATT 1994 é, portanto, o GATT 1947, ampliado por um conjunto de acordos específicos e substancialmente melhorado pela revogação do Protocolo de Aplicação Provisória. Do ponto de vista formal, no entanto, o GATT 1947 foi extinto.<sup>22</sup>

O GATT-94, fruto do aprimoramento do GATT-47, manteve o propósito de abertura dos mercados para que se evitem as guerras comerciais e protecionismos indevidos. Todavia, o sistema admite exceções pelas quais os países-membros, em determinadas circunstâncias e preenchidos determinados requisitos, podem impor restrições às importações para que sejam resguardados outros valores importantes, como a saúde humana, o meio-ambiente, a moral e a segurança nacional.

Para Ayres e Mitchell, *“as exceções gerais proporcionam um mecanismo para equilibrar a liberalização do comércio (como meio para atingir objetivos como a melhoria do nível de vida) com outros objetivos políticos importantes que os Membros podem optar por perseguir.”*<sup>23</sup>

As mencionadas exceções gerais estão previstas no art. XX do GATT-94. A condição

19 Maron faz alusão a países como Brasil, Argentina e Coreia do Sul, os quais, embora beneficiados pela substituição da sobretaxação do aço pela fixação de cotas (limites quantitativos à importação de seus produtos), foram prejudicados pela redução de seus negócios.

20 MARON, Márcio. A posição do Brasil sobre as restrições dos EUA à importação de aço e alumínio”. *Revista Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/marcio-maron-posicao-brasil-guerra-comercial-eua>. Acesso em: 5 fev. 2020.

21 MESQUITA. Paulo Estivallet de. A Organização Mundial do Comércio. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p.10.

22 MESQUITA. Paulo Estivallet de. A Organização Mundial do Comércio. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p.49.

23 AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew D.. General and Security Exceptions under the Gatt and the Gats. *In*: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (org.). *International Trade Law and WTO*. Federation Press, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1951549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951549). Acesso em: 5 fev. 2020, p.2.

para serem aplicadas consiste em não consubstanciarem instrumento de discriminação arbitrária ou injustificável ou restrição disfarçada ao comércio internacional. Por sua vez, a exceção de segurança nacional – objeto do presente artigo - está contida no art. XXI do GATT-94. De acordo com esse preceito, os membros da OMC não são obrigados a fornecer informações que comprometam a segurança nacional; podem aplicar medidas restritivas ao comércio internacional quando necessárias à proteção da segurança em tempo de guerra ou grave tensão internacional; e, estão autorizados a adotar limitações ao comércio relacionadas à matéria-prima de produção de energia nuclear, material bélico ou destinado ao abastecimento das Forças Armadas.

Sobre o tema, Chen anota que:

Por meio de “interesses essenciais de segurança” nos termos do Artigo XXI, os redatores da disposição reconheceram a necessidade de permitir ações por motivos reais de segurança sob o GATT, mas também perceberam que essa exceção não deve ser ilimitada, a fim de impedir a adoção de proteção para manter indústrias em todas as circunstâncias concebíveis. Os textos do artigo XXI foram, portanto, redigidos com o objetivo de limitar medidas que tenham realmente um objetivo comercial sob o pretexto de segurança. Os textos da disposição refletem essa intenção de buscar equilíbrio entre flexibilidade e medo de abuso. A balança é, portanto, a questão central ao lidar com uma invocação da exceção de segurança.<sup>24</sup>

A exceção de segurança nacional prevista no art. XXI guarda peculiaridades em relação às demais disposições do GATT-94, pois sua interpretação jurídica perpassa questões sensíveis para os países contratantes. Não por menos, litígios sobre a aplicação de medidas de restrição ao comércio internacional para a proteção da segurança nacional têm sido cautelosamente evitados ao longo dos anos<sup>25</sup>, como se verá a seguir.

### 3.1 A exceção de segurança nacional no período do GATT-47

Em 31 de outubro de 1975, a Suécia comunicou ao Conselho do GATT a intenção de fixar quotas globais de importação de calçados de couro, de plástico e de botas de borracha. A medida foi justificada nas dificuldades enfrentadas pela indústria sueca a partir de 1960<sup>26</sup>. A Suécia argumentou no Conselho que a redução da produção doméstica daqueles produtos se tornara uma ameaça ao planejamento de emergência de defesa econômica como parte integrante da sua política de segurança e que a sua capacidade produtiva seria indispensável para assegurar o fornecimento de bens essenciais (calçados e botas de borracha) em caso de guerra ou outra emergência nas relações internacionais<sup>27</sup>.

24 CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v.12, n.2, p.311-356, set. 2017, p.314. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020.

25 LESTER, Simon; ZHU, Huan. Closing Pandora’s Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade. *Policy Analysis*, n.874, jun. 2019. Disponível em: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/closing-pandoras-box-growing-abuse-national-security-rationale>. Acesso em: 5 fev. 2020; LESTER, Simon; ZHU, Huan. A Proposal for “Rebalancing” To Deal With “National Security” Trade Restrictions. *Fordham International Law Journal*, Forthcoming, maio, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3368338>. Acesso em: 5 fev. 2020.

26 C/M/109: Sweden – Import Restrictions on Certain Footwear. *General Agreement on Tariffs and Trade*. GATT. 10 nov. 1975.

27 Conforme acentua Yong-Shik Lee, “esse raciocínio é semelhante ao que os Estados Unidos argumentam como a base de segurança nacional para a proteção comercial; ambos sustentam que a capacidade doméstica em ‘indústrias vitais’ é importante para a proteção da segurança nacional, onde não há evidências para apoiar a alegação de que não serão capazes de obter os produtos em questão por meio do comércio internacional se houver de fato uma escassez deles produtos”. (LEE, Yong-Shik. Three Wrongs Do Not Make a Right: The Conundrum of the U.S. Steel and Aluminum Tariffs. *World Trade Review*, n.3, v.18, maio 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=459873](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=459873). Acesso em: 19 maio 2021).

Na reunião do Conselho de outubro de 1975, vários Estados contratantes manifestaram preocupação com a decisão sueca, a qual não teria indicado termo final para a vigência das quotas de importação. Ademais, levantaram dúvidas se as medidas encontrariam justificativa no GATT, ao que a Suécia respondeu estar amparada no art. XXI<sup>28</sup>. A Suécia declarou estar disposta a entrar em consultas com as partes contratantes interessadas, porém, conforme esclarece Tania Voon, “o problema sueco se dissipou quando a Suécia posteriormente decidiu encerrar as cotas, pelo menos no que diz respeito a calçados de couro e calçados de plástico.”<sup>29</sup>

Tsai-fang Chen afirma que, na vigência do GATT-47, alguns países defendiam que a avaliação sobre a aplicação da exceção de segurança nacional caberia a cada parte. Por exemplo, em reunião de 1982 do Conselho do GATT, quando foram debatidas restrições comerciais aplicadas pela Comunidade Econômica Europeia, Canadá e Austrália contra a Argentina, o representante da CCE afirmou que medidas tomadas ao abrigo do art. XXI “não exigiam nem notificação, nem justificação, nem aprovação”. O representante dos EUA também declarou que “[o] Acordo Geral deixou a cada parte contratante a decisão sobre o que considerava necessário para proteger os seus interesses de segurança. As partes contratantes não tinham competência para questionar esse julgamento.”<sup>30</sup>

Naquele caso, sequer se formou Painel para analisar o embargo comercial contra a Argentina, mas o Conselho do GATT procurou encorajar os Estados contratantes a terem maior transparência ao invocarem o art. XXI, reconhecendo que medidas tomadas com base na segurança podem consubstanciar perturbação e incerteza no comércio internacional.<sup>31</sup>

Em 2 de novembro de 1982, a Argentina apresentou ao Conselho do GATT um projeto de diretrizes para a aplicação do art. XXI, até que fosse fixada a interpretação formal daquele preceito<sup>32</sup>. Sugeriu, dentre outros aspectos, que qualquer medida de caráter comercial tomada nos termos do artigo XXI deveria especificar o (s) parágrafo (s) do artigo XXI ao abrigo do qual estaria embasada<sup>33</sup>.

O caso *Estados Unidos – Medidas Comerciais que afetam a Nicarágua*<sup>34</sup> também é emblemático, pois demonstra as dificuldades na abordagem do art. XXI. Em 1985, o Presidente do Estados Unidos editou ordem executiva pela qual impôs embargo comercial à Nicarágua. Confirmam-se os termos do ato presidencial:

(...) Eu, Ronald Reagan, Presidente dos Estados Unidos da América, considero que as políticas e ações do Governo da Nicarágua constituem

28 C/M/109: Sweden – Import Restrictions on Certain Footwear. General Agreement on Tariffs and Trade. GATT. 10 nov. 1975.

29 VOON, Tania. The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era. AJIL Unbound, v.113, 2019, p.45-50, p.46. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=366671](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=366671). Acesso em: 6 fev. 2020.

30 CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, v.12, n.2, p.311-356, set. 2017, p.318. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020.

31 ALFORD, Roger Paul. The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review* 697. Notre Dame Legal Studies Paper, n.2079608, jun. 2012, p.712. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=460060](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=460060). Acesso em: 19 maio 2021.

32 C/W/402: Trade Measures Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons. GATT. 2 nov. 1982.

33 A justificativa do projeto da Argentina bem revela as preocupações sobre a adequada aplicação do art. XXI do GATT: “Considerando que a exceção prevista no artigo XXI do Acordo Geral constitui um elemento importante para a salvaguarda dos direitos das partes contratantes quando considerarem que estão em causa razões de segurança; Reconhecendo que o Artigo XXI é parte de um instrumento regulamentar que o Acordo Geral constitui e, portanto, o recurso a ele deve levar em consideração os interesses de todas as partes contratantes que possam se sentir afetadas por sua aplicação; Tendo em conta que tal recurso pode constituir, em determinadas circunstâncias, um elemento de perturbação do comércio internacional e de insegurança dos direitos adquiridos e obrigações decorrentes do Acordo Geral, com prejuízo grave para a sua credibilidade” (C/W/402: Trade Measures Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons. GATT. 2 nov. 1982).

34 L/6053: United States – Trade Measures Affecting Nicaragua. GATT. 13 out. 1986.

uma ameaça incomum e extraordinária à segurança nacional e à política externa dos Estados Unidos e, por meio deste, declaro uma emergência nacional para lidar com essa ameaça.

Eu proíbo todas as importações para os Estados Unidos de bens e serviços de origem nicaraguense; todas as exportações de mercadorias dos Estados Unidos para ou com destino à Nicarágua, exceto aquelas destinadas à resistência democrática organizada, e transações relacionadas com as mesmas.

Eu proíbo as transportadoras aéreas da Nicarágua de se envolverem em transporte aéreo de ou para pontos nos Estados Unidos e transações relacionadas a eles.

Além disso, proíbo as embarcações de registro nicaraguense de entrar nos portos dos Estados Unidos e suas transações.

O Secretário do Tesouro está delegado e autorizado a empregar todos os poderes concedidos a mim pela Lei de Poderes Econômicos de Emergência Internacional para cumprir os objetivos desta Ordem.

A proibição estabelecida nesta Ordem entrará em vigor a partir de 12:01, horário de verão do leste, 7 de maio de 1985, e será transmitida ao Congresso e publicada no Registro Federal.<sup>35</sup>

A Nicarágua acionou, em 6 de maio de 1985, o GATT para análise do referido embargo comercial. Entretanto, a maioria dos Estados reunidos em Conselho sustentou o direito inerente de cada país de proteger seus interesses essenciais de segurança. Roger P. Alford (2012, p. 715) relata que

(...) após meses de negociações, os Estados Unidos concordaram com a formação de um painel do GATT, desde que ‘ficasse entendido que o Painel não poderia examinar ou julgar a validade ou motivação para a invocação do Artigo XXI: (b) (3) pelo Estados Unidos neste assunto’” e que, “posteriormente, os Estados Unidos bloquearam a adoção do relatório do Painel. Assim, a decisão do Painel do GATT não era vinculativa e, na melhor das hipóteses, oferecia autoridade persuasiva quanto ao significado de uma disposição que estava expressamente proibida de revisar.<sup>36</sup>

O Painel constituído no caso da Nicarágua não enfrentou o art. XXI do GATT-47, mas realizou ponderações importantes sobre a exceção de segurança nacional. Leiam-se os seguintes trechos:

(...) O Painel observou que o embargo havia paralisado o comércio entre duas partes contratantes e que isso teve um impacto severo na economia de uma parte contratante menos desenvolvida. O Painel observou ainda que os embargos impostos por razões de segurança criam incerteza nas relações comerciais e, como consequência, reduzem a disposição dos governos de se envolverem em políticas comerciais abertas e das empresas de fazer investimentos relacionados ao comércio. O Painel concluiu, portanto, que embargos, como o imposto pelos Estados Unidos, independentemente de serem ou não justificados pelo Artigo XXI, contrariam os objetivos básicos do GATT, a saber, promover políticas comerciais não discriminatórias e abertas, para promover o desenvolvimento das partes contratantes menos desenvolvidas e a redução da incerteza nas relações comerciais. O Painel reconheceu que o Acordo Geral protegia os interesses essenciais de segurança de cada parte contratante por meio do Artigo XXI e que o objetivo

---

35 L/6053: United States – Trade Measures Affecting Nicaragua. GATT. 13 out. 1986.

36 ALFORD, Roger Paul. The Self-Judging WTO Security Exception. Utah Law Review 697. Notre Dame Legal Studies Paper, n. 2079608, jun. 2012, p.715. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=460060](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=460060). Acesso em: 19 maio 2021.

do Acordo Geral não era, portanto, fazer com que as partes contratantes abrissem mão de seus interesses essenciais de segurança em prol desses objetivos. No entanto, o Painel considerou que o GATT não poderia atingir seus objetivos básicos a menos que cada parte contratante, sempre que fizesse uso de seus direitos sob o Artigo XXI, pesasse cuidadosamente suas necessidades de segurança em comparação com a necessidade de manter relações comerciais estáveis.<sup>37</sup>

Como enfatizam Lester e Zhu<sup>38</sup>, “se os países podem adotar medidas protecionistas simplesmente invocando a segurança nacional, a liberalização do comércio alcançada através desses acordos pode começar a desfazer-se”. E arrematam: “a boa-fé parece estar a desaparecer do mundo da política comercial” e o “longo período de harmonia em trono do art. XXI parece estar acabando.”<sup>39</sup>

No próximo tópico, será examinado o caso mais recente da OMC, Rússia – Medidas Relativas ao Tráfego em Trânsito, que versa sobre a aplicação do art. XXI do GATT. Conforme se observará, nesse precedente foram fixadas balizas para a interpretação da exceção de segurança nacional.

### **3.2 A exceção da segurança nacional à luz do precedente Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito, na OMC**

Para a interpretação do art. XXI do GATT-94 é imperioso avaliar o caso *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito*<sup>40</sup>. Trata-se do único precedente da OMC sobre a aplicação da exceção de segurança nacional, embora o tema tenha sido objeto de vários episódios em que a exceção foi alegada, conforme se viu na seção anterior.

O referido caso adveio de reclamação formulada pela Ucrânia contra a Rússia sob o argumento de que produtos oriundos daquele país com destino ao Cazaquistão e ao Quirguistão estavam sendo impedidos de trafegar em território russo, o que caracterizaria violação ao art. V, 2, do GATT-94.<sup>41</sup> A Rússia, em resposta, aduziu que o Painel não teria sequer jurisdição para apreciar o tema de segurança nacional, previsto no artigo XXI, b, iii, do GATT-94, cuja invocação adviria de avaliação discricionária<sup>42</sup>.

O Painel declarou, contudo, ter jurisdição inerente sobre a questão, pois, conforme estabelece o art. 7.1 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos (ESC) sobre Solução de Controvérsias, tem o dever de “*examinar, à luz das disposições pertinentes [...]*

37 L/6053: United States – Trade Measures Affecting Nicaragua. GATT. 13 out. 1986.

38 LESTER, Simon; ZHU, Huan. Closing Pandora’s Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade. Policy Analysis, n.874, jun. 2019, p.4 Disponível em: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/closing-pandoras-box-growing-abuse-national-security-rationale>. Acesso em: 5 fev. 2020.

39 Svetlicinii remarca que, “pela longa história das sanções econômicas, o exemplo mais comum de invocação de exceções de segurança é para efeitos de protecionismo econômico ou coerção política, o que é plenamente confirmado pelos casos recentes”. (SVETLICINII, Alexandr. “Trade Wars are Good and Easy to Win”: From Security Exceptions to the Post-WTO World. KLRI Journal of Law and Legislation, v.9, n.1, p.29-62, 2019, p.42. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3397298](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3397298). Acesso em: 5 fev. 2020).

40 WT/DS512: Russia – Measures Concerning Traffic in Transit on Ukrainian Products.

41 “ARTIGO V - LIBERDADE DE TRÂNSITO - 2. Haverá liberdade de trânsito através do território das Partes Contratantes para o tráfego em trânsito com destino a ou de procedência de territórios de outras Partes Contratantes pelas rotas mais cômodas para o trânsito internacional. Nenhuma distinção será baseada no pavilhão dos navios ou barcos, no lugar de origem, no ponto partida, de entrada, de saída ou destino ou sobre considerações relativas à propriedade das mercadorias, dos navios, barcos ou outros meios de transporte”.

42 Os EUA, na qualidade de terceiro interessado, argumentaram que o GATT não conteria os critérios para julgamento dos interesses essenciais de segurança de um membro, o que, a seu ver, tornaria qualquer disputa em torno da invocação da exceção de segurança inviável de ser apreciada (VIDIGAL, Geraldo. WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something Borrowed – Something Blue. Forthcoming, 46(3) Legal Issues of Economic Integration. Amsterdam Law School Research Paper, n. 2019-21, jun. 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3400717](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3400717). Acesso em: 6 fev. 2020).

a questão submetida ao OSC”. Ademais, o artigo 7.2 do ESC exige que os painéis “deverão considerar as disposições relevantes de todo acordo ou acordos abrangidos invocados pelas partes envolvidas na controvérsia”. Se o Artigo XXI, b, iii, invocado pela Rússia, era relevante para a disputa, deveria ser enfrentado.

O Painel assentou que o art. XXI, b, iii, sujeita-se à avaliação objetiva, não se tratando, como afirmado pela Rússia, de uma medida discricionária e soberana não adjudicável pela OMC. É dizer, embora o parágrafo b do art. XXI contenha a expressão “que considerar/achar necessárias”, isso não constituiu carta em branco para a adoção de medidas destoantes dos permissivos contidos nos subparágrafos seguintes. Elucidativo o seguinte trecho do Relatório<sup>43</sup>:

Seria totalmente contrário à segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral estabelecido pelo GATT de 1994 e pelos Acordos da OMC, incluindo as concessões que permitem desvios de obrigações em circunstâncias específicas, interpretar o Artigo XXI como uma condição potestativa absoluta, sujeitando a existência das obrigações de um Membro do GATT e da OMC a uma mera expressão da vontade unilateral do referido Membro.

Vidigal (2019, p. 4) discorre que

[...] o painel procedeu à interpretação dos subparágrafos do Artigo XXI (b) do GATT, concluindo que o elemento aparentemente mais subjetivo neles, a questão do que constitui uma ‘emergência nas relações internacionais’, era de fato um ‘fato objetivo’, passível de ‘determinação objetiva’ por um painel da OMC e fornecendo a expressão com um conteúdo aberto, mas não sem limites.<sup>44</sup>

O Painel interpretou a expressão contida no subparágrafo iii da alínea b do art. XXI - “grave tensão internacional”<sup>45</sup> - como “uma situação de conflito armado, ou de conflito armado latente, ou de tensão ou crise acrescida, ou de instabilidade geral que envolva ou rodeie um Estado.”<sup>46</sup> Na hipótese em apreciação, a emergência internacional começou em 2014 e teve curso até final de 2016 por conta de várias sanções impostas por outros países à Rússia e pelo reconhecimento pela Assembleia Geral da ONU da situação de conflito armado relacionado ao envio de tropas russas à Criméia, com séria deterioração das relações internacionais entre Rússia e Ucrânia. O Painel entendeu, portanto, estarem objetivamente satisfeitos os requisitos do subparágrafo iii do parágrafo b do art. XXI do GATT-94.

Importante salientar que o Painel, além de assentar a interpretação objetiva dos subparágrafos do art. XXI, b, do GATT-94, deixou certo que conflitos econômicos ou políticos não significam situação de grave tensão ou emergência internacional:

Além disso, a referência a “guerra” em conjunto com “ou outra emergência nas relações internacionais” no subparágrafo (iii) e os interesses que geralmente surgem durante a guerra e dos assuntos abordados nos subparágrafos (i)

43 Parágrafo 7.79 do Relatório.

44 VIDIGAL, Geraldo. WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue. Forthcoming, 46(3) Legal Issues of Economic Integration. Amsterdam Law School Research Paper, n. 2019-21, jun. 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3400717](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3400717). Acesso em: 6 fev. 2020.

45 Esta é a versão em português do GATT, colhida do sítio da internet do Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. A versão oficial do GATT, em inglês, o art. XXI, b, iii, contém a seguinte expressão: “*emergency in international relations*”.

46 Parágrafo 7.76 do Relatório: “*An emergency in international relations would, therefore, appear to refer generally to a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state. 152 Such situations give rise to particular types of interests for the Member in question, i.e. defence or military interests, or maintenance of law and public order interests*”.

e (ii) sugerem que as diferenças políticas ou econômicas entre os Membros não são suficientes, por si só, para constituir uma emergência nas relações internacionais para os fins do subparágrafo (iii). De fato, é normal esperar que os Membros, de tempos em tempos, encontrem conflitos políticos ou econômicos com outros Membros ou estados. Embora esses conflitos às vezes possam ser considerados urgentes ou graves em um sentido político, eles não serão “emergências nas relações internacionais”, na acepção do subparágrafo (iii), a menos que deem origem a interesses militares e de defesa ou manutenção da lei e ordem pública.

O Painel enfrentou o parágrafo *b* do art. XXI do GATT-94, rechaçando a compreensão de parte da doutrina de que o dispositivo atribuiria possibilidade ampla e discricionária de avaliação pelos membros da OMC do que é interesse essencial de segurança nacional. Fundamentou o Painel em seu Relatório que “*interesses essenciais de segurança*” são aqueles “*relacionados às funções por excelência do Estado, nomeadamente, a proteção do seu território e da sua população contra ameaças externas e a manutenção da lei e da ordem pública a nível interno*”<sup>47</sup>. Aqui, destarte, está claramente posto o conceito de segurança nacional para a OMC. Note-se que a interpretação é restritiva, e, portanto, não tem relação necessária - como pretende estabelecer a Seção 232 do Ato de Expansão do Comércio dos Estados Unidos -, e como se arguirá, com o “bem-estar” da economia doméstica norte-americana.

O Painel reconheceu que o art. XXI, *b*, do GATT-94, abre a possibilidade de os membros definirem os seus interesses de segurança, mas essa liberdade é limitada pela obrigação de realizarem de boa-fé, não como meio de contornarem as obrigações do GATT-94. O país que invocar a exceção deve articular esses interesses de segurança de modo suficiente a demonstrar a veracidade. As medidas, assim, devem passar pelo teste da plausibilidade fático-jurídica<sup>48</sup>.

O Painel assentou que as medidas aplicadas pela Rússia passaram por esse teste de razoabilidade e encontraram amparo no art. XXI, *b*, III, do GATT-94. O relatório foi adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 26/4/2019 e não houve recurso para o Órgão de Apelação.

Na próxima sessão deste artigo, será examinada a medida dos Estados Unidos de elevação das tarifas de importação do aço e do alumínio, justificada na necessidade de se proteger a segurança nacional.

#### **4 A SEÇÃO N. 232 DO ATO DE EXPANSÃO DO COMÉRCIO DE 1962 DOS ESTADOS UNIDOS**

Os atos dos Estados Unidos de elevação das tarifas de importação de *aço e alumínio* se basearam na Seção n. 232 do Ato de Expansão do Comércio de 1962. Portanto, é a análise desse dispositivo que demonstrará se as medidas são legítimas frente aos acordos da OMC.

##### **4.1 O texto da Seção n. 232 e sua utilização pelo USDoC**

O Ato de Expansão do Comércio de 1962 tem por escopo, segundo a sua epígrafe, promover o bem-estar geral, a política externa e a segurança dos Estados Unidos por meio de acordos comerciais internacionais e de assistência de ajuste à indústria doméstica,

---

47 “*Essential security interests*”, which is evidently a narrower concept than “*security interests*”, may generally be understood to refer to those interests relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally” (parágrafo 7.130 do Relatório).

48 Parágrafos 7.130 a 7.133 do Relatório.

agricultura e trabalho. Em específico, a leitura da Seção n. 232, que cuida da segurança nacional, prescreve:

SEC. 232. SALVAGUARDA DA SEGURANÇA NACIONAL<sup>49</sup>

(a) Nenhuma medida será tomada nos termos da secção 201 (a) ou nos termos da secção 350 da Lei Tarifária de 1930 para diminuir ou eliminar os direitos ou outras restrições à importação de qualquer artigo se o Presidente determinar que tal redução ou eliminação ameaçaria prejudicar a segurança nacional.

(b) A pedido do chefe de qualquer departamento ou agência, a pedido de um interessado, ou por sua própria iniciativa, o Diretor do Gabinete de Planejamento de Emergência (adiante designado por “Diretor”) procede imediatamente a uma investigação adequada, no decurso da qual procura informações e aconselhamento junto a outros departamentos e agências competentes, para determinar os efeitos na segurança nacional das importações do artigo que é objeto de tal pedido, aplicação ou moção. Se, como resultado de tal investigação, o Diretor for de opinião de que o referido artigo é importado para os Estados Unidos em quantidades ou circunstâncias tais que ameacem prejudicar a segurança nacional, ele deverá avisar imediatamente ao Presidente e, a menos que o Presidente determine que o artigo não é importado para os Estados Unidos em quantidades ou circunstâncias tais que ameacem prejudicar a segurança nacional, conforme estabelecido nesta secção, ele deverá tomar as medidas e, durante o tempo que considerar necessário, ajustar as importações desse artigo e dos seus derivados de modo a que essas importações não ameacem prejudicar a segurança nacional.

(c) Para os fins desta seção, o Diretor e o Presidente devem, à luz dos requisitos de segurança nacional e sem excluir outros fatores relevantes, considerar a produção nacional necessária para as necessidades projetadas de defesa nacional, a capacidade das indústrias nacionais para atender a tais necessidades, as disponibilidades existentes e previstas de recursos humanos, produtos, matérias-primas, e outros fornecimentos e serviços essenciais para a defesa nacional, os requisitos de crescimento dessas indústrias e desses fornecimentos e serviços, incluindo o investimento, a exploração e o desenvolvimento necessários para assegurar esse crescimento, e a importação de bens em termos de suas quantidades, disponibilidades, caráter e uso como os que afetam essas indústrias e a capacidade dos Estados Unidos de atender aos requisitos de segurança nacional. Na administração desta seção, o Diretor e o Presidente devem ainda reconhecer a estreita relação do bem-estar econômico da Nação com a nossa segurança nacional, e devem levar em consideração o impacto da concorrência estrangeira sobre o bem-estar econômico de indústrias domésticas individuais; e qualquer desemprego substancial, diminuição nas receitas do governo, perda de habilidades ou investimentos, ou outros efeitos graves resultantes do deslocamento de quaisquer produtos domésticos por importações excessivas devem ser considerados, sem excluir outros fatores, para determinar se tal enfraquecimento da nossa economia interna pode prejudicar a segurança nacional.

(d) Será feito e publicado um relatório sobre a disposição de cada pedido, requerimento ou moção da alínea (b). O diretor publica o regulamento processual para dar efeito à autoridade que lhe é conferida pela alínea (b).

Com base nesse preceito, o USDoC iniciou investigações, em abril de 2017, acerca das importações de aço e alumínio, analisando dezesseis setores específicos de infraestrutura<sup>50</sup>.

49 Tradução livre dos autores.

50 “*The Effect of Imports of Aluminum on the National Security*”. Department of Commerce. Bureau of Industry and Security. Office of Technology Evaluation. 17 jan. 2018, p.14: “(...) this report uses the more recent 16 critical infrastructure sectors identified in Presidential Policy Directive 21 instead of the 28 critical industry sectors used by the Bureau of Export Administration in the 2001 Report”.

Concluiu, em 2018, que as quantidades e as circunstâncias das importações ameaçavam prejudicar a segurança nacional dos Estados Unidos.

As Proclamações Presidenciais n. 9.704 (alumínio) e n. 9.705 (aço) acolheram os relatórios e determinaram que, a partir de 23 de março de 2018, todos os artigos em aço e alumínio importados e especificados nos anexos estariam sujeitos a uma alíquota adicional de 25% e 10% *ad valorem*.

Os atos presidenciais destacaram os seguintes pontos dos relatórios encaminhados pelo Secretário de Comércio: *i)* as importações de artigos em aço e alumínio estariam ocorrendo em quantidades e circunstâncias tais que ameaçavam prejudicar a segurança nacional; *ii)* as quantidades de importações de aço e de alumínio e as circunstâncias de excesso de capacidade global para produzi-los estariam enfraquecendo a economia interna; *iii)* haveria ameaça persistente de mais fechamentos de instalações de produção de aço; *iv)* os Estados Unidos estariam quase totalmente dependentes dos produtores estrangeiros de alumínio primário e em risco de se tornarem completamente dependentes dos produtores estrangeiros de alumínio de alta pureza, que é essencial para os principais sistemas militares e comerciais; *v)* existiria risco de os Estados Unidos se tornarem incapazes de atender às exigências do aço e alumínio para a defesa nacional em uma emergência nacional; *vi)* haveria relação estreita do bem-estar econômico da Nação com a segurança nacional; *vii)* mudanças dramáticas na indústria siderúrgica estariam ocorrendo desde 2001: aumento do nível de excesso de capacidade global, aumento do nível de importações, redução das instalações básicas de fornos de oxigênio, número de instalações ociosas apesar do aumento da demanda por aço em indústrias críticas, e impacto potencial de novos fechamentos de fábricas na capacidade necessária em uma emergência nacional.

As Proclamações Presidenciais que determinaram o aumento das tarifas de importação de aço e alumínio estavam, no aspecto formal, amparadas na Seção n. 232, já que se lastreavam na quantidade de importações e nas circunstâncias do mercado mundial. Contudo, análise detida revelará a ilegalidade dos atos, os quais não guardam compatibilidade com o art. XXI do GATT-94. E a origem do problema está justamente na Seção n. 232.

Inicie-se a abordagem pelos dois relatórios do USDoC sobre os efeitos da importação de aço e alumínio na segurança nacional, os quais merecem atenção porque elaborados a partir da autorização conferida pela Seção n. 232.

Sobressai-se nos relatórios a interpretação conferida à expressão “segurança nacional”. O Secretário de Comércio determinou que “segurança nacional”, para os efeitos da Seção n. 232, inclui a “*segurança geral e bem-estar de certas indústrias, para além das necessárias para satisfazer os requisitos da defesa nacional, que são críticos para as operações mínimas da economia e do governo*”. O seguinte trecho, idêntico nos dois relatórios sobre aço e alumínio, é elucidativo:

O Congresso teve o cuidado de observar duas vezes na Seção 232(d) que a lista que eles forneceram, embora obrigatória, não é exclusiva. A lista ilustrativa do Congresso está focada na capacidade dos Estados Unidos de manter a capacidade nacional de fornecer os artigos em questão conforme necessário para manter a segurança nacional dos Estados Unidos. O Congresso dividiu a lista de fatores em duas partes iguais usando duas sentenças separadas. A primeira frase foca diretamente nos requisitos de “defesa nacional”, deixando assim claro que “defesa nacional” é um subconjunto do termo mais amplo “segurança nacional”. A *segunda frase centra-se na economia mais ampla, e orienta expressamente que o Secretário e o Presidente “devem reconhecer a estreita relação do bem-estar econômico da Nação com a nossa segurança nacional”*. [com destaque]

Para o USDoC, o conceito de segurança nacional não abrange apenas o suprimento das forças armadas (defesa nacional); envolve amplamente a saúde econômica das indústrias estadunidenses. Ou seja, se as indústrias vão mal, a segurança nacional é ameaçada. A propósito, sintomática é a utilização nos relatórios das seguintes expressões: “*enfraquecimento da nossa economia interna*”<sup>51</sup> e “*bem-estar econômico da indústria doméstica*”<sup>52</sup> de alumínio e aço. Os relatórios centraram-se na quadra econômica de declínio das indústrias domésticas de aço e alumínio<sup>53</sup>.

E não poderia ser diferente, pois a Seção n. 232 impõe, expressamente no segundo parágrafo da alínea c, que

[...] o Diretor e o Presidente devem ainda reconhecer a estreita relação do bem-estar econômico da Nação com a [nossa] segurança nacional, e devem levar em consideração o impacto da concorrência estrangeira sobre o bem-estar econômico de indústrias domésticas individuais; e qualquer desemprego substancial, diminuição nas receitas do governo, perda de habilidades ou investimentos, ou outros efeitos graves resultantes do deslocamento de quaisquer produtos domésticos por importações excessivas devem ser considerados, sem excluir outros fatores, para determinar se tal enfraquecimento da [nossa] economia interna pode prejudicar a segurança nacional.

Não há dúvida de que a *mens legis* da Seção n. 232 consiste em estabelecer estrito liame entre bem-estar econômico dos Estados Unidos e a sua segurança nacional e que a referida norma não impõe limites para essa avaliação. Martínez adverte que

[...] el Presidente cuenta con un margen amplio de maniobra en cuanto a la forma y extensión de la medida, sin perjuicio de tener en cuenta los factores que la misma Sección 232 prevé se tengan en cuenta en términos de los requerimientos de la seguridad nacional, como producción, producción para seguridad nacional, recursos humanos, materias primas, provisiones de inversión, servicios, etc”.<sup>54 55</sup>

## 4.2 A incompatibilidade da Seção n. 232 com o art. XXI do GATT-94

É de se notar que a segunda parte da alínea c da Seção n. 232 não encontra respaldo em qualquer das hipóteses do art. XXI do GATT autorizativas de restrição ao comércio para a proteção da segurança nacional, porquanto:

51 No original: “*weakening of our internal economy*”.

52 No original: “*economic welfare of the domestic industry*”.

53 Ribeiro alerta que “*na prática, não há no relatório elementos realmente substanciais que pudessem justificar a imposição das tarifas sobre o aço. Aliás, o fato de já serem aplicadas diversas medidas anti-dumping e compensatórias só reforça a ideia de que o setor enfrenta problemas estruturais que não podem ser resolvidos por meio de restrições às importações*”. (RIBEIRO, Fernando José da Silva Paiva. O aumento das tarifas norte-americanas de importações de aço e alumínio e seus impactos sobre o Brasil e o mundo. Nota Técnica. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n.12, mar. 2018, p.6. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8584>. Acesso em: 6 fev. 2020).

54 MARTINEZ, Luis Carlos Ramírez. Estados Unidos - Medidas adoptadas sobre las Importaciones de Acero y Aluminio conforme a la Sección 232 de su *Trade Expansion Act of 1962* (Caso de Estudio). 2019, p.7. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3408805](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408805). Acesso em: 6 fev. 2020.

55 Segundo Ribeiro, “o artigo 232 e os pontos destacadas pelo DoC abrem amplo espaço para justificar a adoção de medidas de proteção sem a necessidade de identificar a ocorrência de um surto de importações, de comprovar práticas inadequadas por parte dos fornecedores externos, ou mesmo de se estabelecer claras relações de causa e efeito. Além disso, as medidas não têm caráter temporário, uma vez que o comunicado do Presidente não cita prazos para retirada ou para um eventual phasing-out. Por isso mesmo, não há qualquer menção a eventuais esforços a serem empreendidos pelas indústrias locais para se ajustarem e serem capazes de competir com os fornecedores externos em algum momento no futuro”. (RIBEIRO, Fernando José da Silva Paiva. O aumento das tarifas norte-americanas de importações de aço e alumínio e seus impactos sobre o Brasil e o mundo. Nota Técnica. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n. 12, mar. 2018, p.5 Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8584>. Acesso em: 6 fev. 2020).

- I. Não diz respeito ao resguardo do sigilo de informações de segurança nacional;
- II. Não se refere a materiais físseis ou matérias primas para a sua fabricação;
- III. Não cuida de armamento ou material para provisão das forças armadas;
- IV. Não está relacionada a período de guerra ou a emergência internacional;
- V. Não cumpre obrigação contida na Carta das Nações Unidas para manutenção da paz.

Na verdade, a segunda parte da alínea c da Seção n. 232 do Ato de Expansão do Comércio dos EUA autoriza a imposição de medida restritiva ao comércio internacional simplesmente para a proteção da saúde econômica (“bem-estar econômico”) norte-americana.

O precedente *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito*, embora vincule apenas as partes envolvidas, tem inegável papel pedagógico e estabelece interpretação relevante sobre a matéria no sistema multilateral de comércio. Com efeito, poderá influenciar outros casos sobre segurança nacional a serem decididos no âmbito da OMC. Voon salienta que

[...] os Relatórios de Painel adotados pela OMC criam expectativas legítimas entre os Membros da OMC e devem, portanto, ser levados em conta, quando relevante. Fazê-lo também pode apoiar a segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral, um dos objetivos da solução de controvérsias da OMC.<sup>56</sup>

O caso *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito* teve por objeto a aplicação do art. XXI, b, iii, do GATT, segundo o qual o membro da OMC é autorizado a tomar medidas que considere necessárias para proteger os interesses essenciais de segurança em tempo de guerra ou em caso de grave tensão internacional, tal como fez a Rússia ao negar o tráfego de bens em seu território. Note-se que o Painel não estabeleceu qualquer grau de supremacia da exceção de segurança nacional em relação às demais exceções gerais do GATT-94 e concluiu ser o instituto uma entre as exceções e cláusulas de fuga incorporadas nos Acordos da OMC.<sup>57</sup>

Poder-se-ia argumentar que a fundamentação acolhida pelo Painel no caso *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito* não guarda similitude com a Seção n. 232 ou com os atos de sobretaxação do aço e do alumínio pelos Estados Unidos, tendo em vista que naquele precedente se decidiu a específica situação de emergência internacional prevista no item iii da alínea b do art. XXI do GATT. Porém, o precedente contém valiosos princípios de interpretação do art. XXI do GATT que servem perfeitamente para o escrutínio tanto das medidas norte-americanas de restrição ao comércio de aço e alumínio como da própria Seção n. 232.

Tenha-se presente que a elevação das tarifas de aço e alumínio pelos Estados Unidos não se fundamentou em conflito armado ou emergência internacional. Os relatórios do USDoC enfatizaram a existência de crise das indústrias domésticas de aço e alumínio

56 VOON, Tania. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit*. Pre-edited, pre-peer review draft in *American Journal of International Law* (Forthcoming), set. 2019, p.11. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3475219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3475219). Acesso em: 6 fev. 2020. E acrescenta: “Ao recusar-se a recusar a jurisdição simplesmente com base na invocação pela Rússia do Artigo XXI do GATT, o Painel fechou uma grande avenida que poderia ter sido usada para minar as obrigações fundamentais da OMC no GATT e potencialmente outros Acordos da OMC, incluindo os Protocolos de Adesão dos Membros. Ao exigir uma demonstração objetiva de que os elementos do subparágrafo (iii) do Artigo XXI(b) estavam presentes, o Painel assegurou que esses subparágrafos não fossem desprovidos de efeito útil” (VOON, Tania. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit*. Pre-edited, pre-peer review draft in *American Journal of International Law* (Forthcoming), set. 2019, p.13. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3475219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3475219). Acesso em: 6 fev. 2020).

57 Relatório, parágrafo 7.79. *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito*.

pelo aumento das importações e pelo excesso de oferta global, o que poderia comprometer a necessidade de abastecimento futuro das forças armadas. Poder-se-ia, desse modo, cogitar configurada a hipótese elencada na segunda parte do subparágrafo ii do parágrafo b do art. XXI do GATT: “o comércio de outros artigos e materiais direta ou indiretamente a assegurar o abastecimento das forças armadas”. Todavia, como se viu, os relatórios foram fartos em indicar a necessidade de preservação do bem-estar das indústrias norte-americanas para além do abastecimento das forças armadas.

Não se ignora que o abastecimento das forças armadas não exige situação de emergência atual. O imbróglio reside na segunda parte da alínea c da Seção n. 232 do Ato de Expansão do Comércio dos EUA, por demais elástica ao vincular a *saúde econômica* dos Estados Unidos à segurança nacional.

Conforme observado no precedente *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito*, a interpretação dos subparágrafos deve ser objetiva, restrita e contextualizada ao quadro de proteção dos interesses essenciais de segurança, ou seja, aqueles “relacionados às funções por excelência do Estado, nomeadamente, a proteção do seu território e da sua população contra ameaças externas e a manutenção da lei e da ordem pública a nível interno.”<sup>58</sup> Vidigal remarca: “uma vez que as três alíneas são interpretadas como parte de um todo, constatou o Painel, torna-se claro que todas elas dizem respeito a questões relativas à “defesa e interesses militares, bem como à manutenção da lei e da ordem pública e interesses”.”<sup>59</sup>

A partir do momento em que a Seção n. 232 ultrapassa as considerações sobre defesa nacional e aborda a estrita relação do “bem-estar econômico da Nação” com a segurança, afasta-se do estabelecido no art. XXI, b, do GATT. De acordo com Chen,

[...] a investigação da Secção 232 não se limita a uma visão estrita da segurança nacional. Mesmo quando as necessidades estimadas pelo Departamento de Defesa podem ser satisfeitas, a investigação da Secção 232 ainda pode levar à conclusão de que as ameaças à segurança nacional existem.<sup>60</sup>

Não se olvide que o Painel estabeleceu que os membros da OMC devem invocar os “interesses essenciais de segurança” do art. XXI de boa-fé, princípio geral de direito internacional, não se valendo do preceito para protecionismos econômicos. Antes mesmo do julgamento do caso *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito*, a doutrina alertava acerca da necessidade de aplicação do princípio da boa-fé. Leia-se o que diz Chen:

[...] no que diz respeito à necessidade da medida de fé tomada, os estudiosos defendem um teste de boa-fé ou um teste de razoabilidade, Akande e Williams pedem um teste de boa-fé para rever o elemento subjetivo da medida, ou seja, se o Estado-Membro considera de facto que a medida tomada é necessária. Shin-yi Peng sugere um teste de boa fé em duas fases, com elementos objetivos e subjetivos. Hannes Schloemann e Stefan Ohlohff defendem um teste de razoabilidade que exige um grau

58 “Essential security interests”, which is evidently a narrower concept than “security interests”, may generally be understood to refer to those interests relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally” (parágrafo 7.130 do Relatório).

59 VIDIGAL, Geraldo. WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue. Forthcoming, 46(3) Legal Issues of Economic Integration. Amsterdam Law School Research Paper, n.2019-21, jun.2019, p.10. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3400717](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3400717). Acesso em: 6 fev. 2020.

60 CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, v.12, n.2, p.311-356, set.2017, p.346. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020.

mínimo de proporcionalidade entre a medida tomada e os interesses de segurança ameaçados protegidos. Peter van den Bossche e Werner Zdouc argumentam que, no mínimo, os órgãos julgadores da OMC devem examinar se a explicação é razoável e se a medida constitui um abuso aparente.<sup>61 62</sup>

As medidas de elevação das tarifas de aço e alumínio não resistem ao teste da boa-fé no que diz com os interesses essenciais de segurança do parágrafo b do art. XXI, pois se relacionam à proteção da indústria doméstica. Tudo por conta do segundo parágrafo da alínea c da Seção n. 232 do Ato de Expansão do Comércio dos EUA, cuja finalidade é de resguardar o bem-estar da economia estadunidense.

Todavia, qualquer tentativa de interpretação ampliativa do art. XXI do GATT afronta o artigo 31, parágrafo 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pelo qual a disposição de um acordo deve ser interpretada com o seu significado comum, no contexto do acordo e à luz do seu objeto e finalidade. Por isso, a Seção n. 232, na parte que se dirige a proteger o bem-estar da economia interna, não se adequa ao art. XXI do GATT e consubstancia abuso de direito<sup>3</sup>.

Por fim, tenha-se em conta que a sobretaxação do aço e do alumínio com base na Seção n. 232 acabou por afrontar o artigo II do GATT, pelo qual os membros da OMC se obrigaram a respeitar os limites máximos das tarifas consolidadas de importação fixados em suas listas. Violar-se-ia, adicionalmente, o artigo I do GATT, que fixa a obrigação de tratamento da nação-mais-favorecida, já que determinados países acabaram sendo excluídos das medidas norte-americanas, embora esses pontos não tenham sido desenvolvidos neste ensaio.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Seção n. 232 extrapola os requisitos previstos no art. XXI do GATT na medida em que autoriza a imposição de medidas restritivas a importações para a proteção da segurança nacional com fundamento na constatação de enfraquecimento da economia doméstica. A norma, desviando-se do escopo da OMC, estabelece relação estreita entre bem-estar econômico do Estados Unidos e a segurança nacional.

O precedente estabelecido em *Rússia – Medidas relativas ao tráfego em trânsito* coloca luz sobre a matéria com importantes princípios sobre a aplicação do art. XXI do GATT, a exemplo da boa-fé, da razoabilidade e da interpretação objetiva dos requisitos da exceção de segurança nacional.

O julgado apresenta conceitos importantes como “interesses essenciais de segurança”, isto é, aqueles “relacionados às funções por excelência do Estado, nomeadamente, a proteção do seu território e da sua população contra ameaças externas e a manutenção da lei e da

61 CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v.12, n.2, p.311-356, set.2017, p.321. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020.

62 Antes dos relatórios sobre aço e alumínio do Departamento de Comércio americano, Chen já advertia: “parece claro que se a investigação conduzir a uma medida restritiva do comércio, é provável que os Estados Unidos invoquem a segurança nacional como uma das justificações para a potencial violação das obrigações da nação no âmbito da OMC. Também parece claro que o verdadeiro objetivo da medida pode ser o de preservar a saúde de uma indústria específica, apesar da invocação da segurança nacional. Isto tem sérias implicações no sistema de comércio multilateral.” (CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v.12, n.2, p.311-356, set.2017, p.313. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020).

63 Chen lembra que “a doutrina do abuso de direito é reconhecida pelo Órgão de Apelação como uma aplicação do princípio da boa-fé, um princípio geral de direito e um princípio geral do direito internacional que “controla o exercício dos direitos por lei””. (CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v.12, n.2, p.311-356, set.2017, p.344. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020.)

*ordem pública a nível interno*”, ao que os membros da OMC não teriam possibilidade de invocar tais interesses de modo arbitrário.

O artigo corrobora, assim, a visão de parte da literatura acerca da ilegalidade ou abuso de direito nas medidas adotadas (atos presidenciais de elevação de tarifas de importação de aço e alumínio pelo governo dos Estados Unidos de 2018, mantidos em 2020) com base nos preceitos da Seção n. 232 e que objetivam apenas conservar o bem-estar da economia estadunidense, em dissonância com o artigo XXI do GATT-94.

A importância desse questionamento reside não no seu progressivo emprego pelo USDoC norte-americano para investigações em outros setores da economia dos Estados Unidos, a exemplo do automotivo, mas também em potenciais casos futuros, o que recomenda atenção pelos membros da OMC.

A análise do caso revela, ainda, a nítida tensão entre o realismo e o direito, ao se confrontar o elemento segurança nacional, principal premissa daquela escola, e o sentido jurídico do artigo XXI do GATT-94.

## REFERÊNCIAS

ALFORD, Roger Paul. The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review* 697. Notre Dame Legal Studies Paper, n. 2079608, jun. 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=460060](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=460060). Acesso em: 19 maio 2021.

AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew D.. General and Security Exceptions under the Gatt and the Gats. *In: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (org.). International Trade Law and WTO*. Federation Press, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1951549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951549). Acesso em: 5 fev. 2020.

CHEN, Tsai-fang. To Judge the “Self-Judging” Security Exception Under the GATT 1994 – A Systematic Approach. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v.12, n.2, p.311-356, set. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3045695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3045695). Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Public Law 87-794, de 11 de outubro de 1962. Promove o bem-estar geral, a política externa e a segurança dos Estados Unidos através de acordos de comércio internacional e da assistência ao ajustamento da indústria, da agricultura e da mão-de-obra nacionais, e para outros fins. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-76/pdf/STATUTE-76-Pg872.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Proclamation 9.704, de 8 de março de 2018. Ajuste de importações de alumínio para os Estados Unidos. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-03-15/pdf/2018-05477.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Proclamation 9.705, de 8 de março de 2018. Ajuste de importações de aço para os Estados Unidos. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-03-15/pdf/2018-05478.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Proclamation on Adjusting Imports of Derivative Aluminum Articles and Derivative Steel Articles into the United States, de 24 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-adjusting-imports-derivative-aluminum-articles-derivative-steel-articles-united-states/>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Commerce. Bureau of Industry and Security. Office of Technology Evaluation. The Effect of Imports of Aluminum on the National Security. 17 jan. 2018. Disponível em: <https://www.hsdl.org/?abstract&did=815258>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Commerce. Bureau of Industry and Security. Office of

Technology Evaluation. The Effect of Imports of Steel on the National Security. 11 jan. 2018. Disponível em: <https://www.hsdl.org/?abstract&did=815253>. Acesso em: 5 fev. 2020.

FEFER, Rachel F.; JONES, Vivian C.. Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962. In Focus. Congressional Research Service. jul. 2019. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF10667.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

LEE, Yong-Shik. Three Wrongs Do Not Make a Right: The Conundrum of the U.S. Steel and Aluminum Tariffs. *World Trade Review*, n.3, v.18, maio 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=459873](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=459873). Acesso em: 19 maio 2021.

LESTER, Simon; ZHU, Huan. Closing Pandora's Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade. *Policy Analysis*, n. 874, jun. 2019. Disponível em: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/closing-pandoras-box-growing-abuse-national-security-rationale>. Acesso em: 5 fev. 2020.

LESTER, Simon; ZHU, Huan. A Proposal for "Rebalancing" To Deal With "National Security" Trade Restrictions. *Fordham International Law Journal*, Forthcoming, maio, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3368338>. Acesso em: 5 fev. 2020.

MARON, Márcio. A posição do Brasil sobre as restrições dos EUA à importação de aço e alumínio". *Revista Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/marcio-maron-posicao-brasil-guerra-comercial-eua>. Acesso em: 5 fev. 2020.

MARTINEZ, Luis Carlos Ramírez. Estados Unidos - Medidas adoptadas sobre las Importaciones de Acero y Aluminio conforme a la Sección 232 de su *Trade Expansion Act of 1962* (Caso de Estudio). 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3408805](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408805). Acesso em: 6 fev. 2020.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio 1947. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS512: Russia – Measures Concerning Traffic in Transit on Ukrainian Products. Reclamante: Ucrânia. Respondente: Federação Russa. Report of the Panel, 5 de abril de 2019. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds512\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm). Acesso em: 6 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. C/M/109: Sweden – Import Restrictions on Certain Footwear. 10 nov. 1975. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=138503&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=138503&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True). Acesso em: 17 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. C/M/402: Trade Measures Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons. 2 nov. 1982. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=139471&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=139471&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True). Acesso em: 18 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. L/6053: United States – Trade Measures Affecting Nicaragua. 13 out. 1986. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=160529&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=160529&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True). Acesso em: 19 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre

Solução de Controvérsias. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc> Acesso em: 6 fev. 2020.

RIBEIRO, Fernando José da Silva Paiva. O aumento das tarifas norte-americanas de importações de aço e alumínio e seus impactos sobre o Brasil e o mundo. Nota Técnica. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n.12, mar. 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8584>. Acesso em: 6 fev. 2020.

SVETLICINII, Alexandr. "Trade Wars are Good and Easy to Win": From Security Exceptions to the Post-WTO World. *KLRI Journal of Law and Legislation*, v.9, n.1, 2019, p.29-62. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3397298](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3397298). Acesso em: 5 fev. 2020.

VIDIGAL, Geraldo. WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue. Forthcoming, 46(3) *Legal Issues of Economic Integration*. Amsterdam Law School Research Paper, n. 2019-21, jun. 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3400717](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3400717). Acesso em: 6 fev. 2020.

VOON, Tania. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit. Pre-edited, pre-peer review draft in *American Journal of International Law* (Forthcoming), set. 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3475219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3475219). Acesso em: 6 fev. 2020.

VOON, Tania. The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era. *AJIL Unbound*, v.113, 2019, p.45-50. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=366671](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=366671). Acesso em: 6 fev. 2020.

---

**Recebido em:** 25.05.2021

**Aprovado em:** 08.12.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA JÚNIOR, Carlos Nestor Lima Passos da; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A seção n. 232 do ato de expansão do comércio de 1962 dos Estados Unidos: segurança nacional ou protecionismo econômico? *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.147-165, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR44-07.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

# O TRATAMENTO DA VACINAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, COMPULSORIEDADE E ORGANIZAÇÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DA EVOLUÇÃO NORMATIVA

## THE TREATMENT OF VACCINATION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM. COMPULSORITY AND ORGANIZATION: COMPARATIVE ANALYSIS OF NORMATIVE EVOLUTION

Alexandre Walmott Borges<sup>1</sup>  
André Prudente Eddine<sup>2</sup>  
Alexey Gerkman Kil<sup>3</sup>

**RESUMO:** O artigo explora analiticamente o sistema de normas brasileiras sobre a obrigatoriedade vacinal. O objetivo do artigo é a apresentação da evolução positiva do sistema de normas sobre a obrigatoriedade da vacina no ordenamento brasileiro. A problematização envolve o questionamento sobre como se deu esse quadro evolutivo e como se deu a positivação normativa no ordenamento nacional. A metodologia indutiva do trabalho realizou-se por coleta individualizada de documentos normativos positivados até a construção de quadro geral de toda a evolução de normas sobre a obrigatoriedade vacinal. Trata-se de pesquisa qualitativa com o postulado inicial, desenvolvido ao longo do texto, que procura analisar a sequência de normas para a descrição da natureza e das características da compulsoriedade vacinal, desde o questionamento sobre a existência da obrigatoriedade até a natureza desta obrigatoriedade (natureza administrativa ou natureza penal). As fontes utilizadas na redação do texto foram fontes bibliográficas e documentais (textos normativos diversos, constitucionais, legais e administrativos). Os resultados e conclusão são expostos em síntese de análise sobre a natureza e a feição da obrigatoriedade vacinal no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** normas; direito brasileiro; obrigatoriedade; vacina.

**ABSTRACT:** The present article explores analytically the Brazilian legal system about the obligatoriness of the vaccines. The aim of this article is to present the positive evolution of the system of rules on the mandatory vaccine in the Brazilian legal system. The problematization involves questioning how this evolutionary situation occurred and how the rules have been enacted in the national legal system. The inductive methodology of the work was carried out by individualized collection of positive normative documents until the construction of a general framework of all the evolution of norms on mandatory vaccination. The postulate developed on the text seeks to analyze the nature and features of the vaccine compulsoriness, since the questioning about if there is this obligatoriness until the nature of it (administrative nature or criminal nature). The sources used on the essay of the text were bibliographic and documentary sources (various legal texts, such as constitutional, legislative and administrative). The results and conclusion are presented in a synthesis of analysis on the nature and feature of the mandatory vaccination in Brazilian legal system.

**Keywords:** rule; brazilian law; obligatoriness; vaccine.

1 Doutor em Direito. Doutor em História. Professor dos programas de pós-graduação em Direito da UFU, e Biocombustíveis da UFU e UFVJM. Professor visitante do programa de pós-graduação em Direito da UNESP. Professor da UFU. Pesquisador Líder do LAECC.

2 Mestrando em Direito Público pela UFU. Especialista em Direito de Família, Direito Notarial e Registral e Gestão Empresarial. Professor convidado em cursos preparatórios para concursos. Registrador Civil e Tabela de Notas.

3 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Biocombustíveis da UFU e UFVJM. Especialista em Direito da Administração Pública pela Faculdade "Prof. Jacy de Assis" (FADIR/UFU). Administrador. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo explorará o conjunto de normas positivadas no sistema brasileiro sobre a obrigatoriedade e compulsoriedade da vacinação. O problema central será o de verificar como se deu a evolução da positivação das normas sanitárias vacinais, questionando desde a natureza dessas normas, obrigatórias, punitivas, e qual a natureza específica: normas administrativas, sanitárias ou penais. A abordagem se justifica pelo cenário atual de pandemia e os questionamentos surgidos sobre a natureza da obrigatoriedade vacinal. Trata-se de pesquisa qualitativa com a construção do trabalho utilizando o método indutivo. Colher-se-ão as normas positivadas no sistema nacional, ao longo dos séculos XX e XXI, para, ao final, o estabelecimento de um quadro geral, categorial e analítico, das normas e da obrigatoriedade. Os argumentos serão construídos com a exploração de duas visões sobre as normas positivadas: a evolução geral de normas no sistema, compreendendo a análise do conteúdo das normas, como também do quadro institucional no qual se inserem; a natureza das obrigações e comportamentos compulsórios estabelecidos pelas normas vigentes. Ao final, na conclusão, após a exploração dos dados normativos e institucionais haverá a elaboração de sínteses analíticas sobre as normas de vacinação no ordenamento nacional.

## 2 A CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA SOBRE A TEMÁTICA

O artigo faz a exploração da evolução das normas positivadas sobre a obrigatoriedade da vacina, ou de sua compulsoriedade. A despeito das diferenças de época há um quadro geral e comum da discussão que envolve as seguintes matérias: a obrigatoriedade envolve, ao longo das épocas investigadas, os limites estabelecidos pelo Direito à ação sanitária do Estado; da mesma forma, as competências federais, estaduais e municipais para a realização das ações sanitárias; o assunto também envolve como se realizam e qual o alcance dos serviços e atividades estatais, especialmente as ações sanitárias; de outro lado, há a discussão sobre os Direitos Fundamentais como esfera intangível pela ação estatal, a liberdade (amplitude, liberdade religiosa e ação sanitária, entre tantos), o direito à vida e a saúde como direito à vida, e a intangibilidade corpórea.<sup>4</sup>

## 3 O SISTEMA DE NORMAS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO. O PERÍODO DA INSTITUIÇÃO INICIAL DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

O recorte temporal inicial finca as primeiras normas positivadas sobre vacinação no começo do século XX. É neste período que surgem as políticas sanitárias com a utilização de vacinas. Empregam-se as seguintes expressões ou ideias para designar este período inicial de normas e instituições:

- a. O sistema normativo previa a vacinação como medida de correção, antes do que propriamente medida de proteção e prevenção;

---

4 MANIACI, G. Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy. *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho*, n. 20, 2004, p. 141-145; PELÁEZ MEJÍA, J. M. The conceptual differences and practices between the “balancing” by Ronald Dworkin and the “weighing” by Robert Alexy. *Ius et Praxis*, v. 25, n. 3, 2019, p. 170-173; p. 175-182; PIRES GAVIÃO FILHO, A.; PREVEDELLO, A. A derrotabilidade na teoria dos princípios. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 24, 2019; RESENDE, J. R. V.; SOUZA ALVES, R. V. A legitimidade da recusa da transfusão de sangue por motivos religiosos à luz do direito à saúde nos 30 anos da Constituição. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, 2020. Passim. RIBEIRO, J. C. A Teoria dos princípios na teoria jurídica brasileira: as contribuições de Thomas Bustamante para o debate. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, v. 7, n. 1, 2021; SACRAMENTO, B.. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019.

- b. A vacinação era medida inserida dentre tantas outras de sanitização e higienização, e a compulsoriedade veio como medida coercitiva complementar, e não como política abrangente de vacinação;
- c. O desenho das instituições mostrava a teleologia de ação administrativa repressiva e higienista, com pouca ênfase em propostas de políticas promocionais ou de educação sobre a saúde;<sup>5</sup>
- d. As normas e as instituições foram editadas no contexto peculiar de transformação urbanística e econômica, verticalizada e elitizada,<sup>6</sup> com ênfase na então capital federal, mas também com alcance nacional.

Depois desta exploração evolutiva, haverá, na parte de conclusões do texto, o apontamento de linhas gerais sobre a obrigatoriedade vacinal. A parte conclusiva permitirá, a partir das informações desenvolvidas com o material, ao longo da redação, o esboço de quadro analítico sobre a obrigatoriedade vacinal no sistema brasileiro.

### 3.1 As primeiras normas sobre a vacinação

A edição da lei da compulsoriedade da vacinação, de 1904, se houve no contexto da edição do Decreto nº 1.151, Decreto com várias regras de administração sanitária. É importante situar a edição do Decreto dentro da política de limpeza, asseio, profilaxia e sanitização, no Brasil, e especialmente no Rio de Janeiro, DF, à época.<sup>7</sup> Destacavam-se os problemas de febre amarela e da varíola, e o quadro geral de precariedade sanitária das habitações e das cidades. O Decreto estabeleceu as regras dos órgãos da Administração sanitária e previsões sobre ações administrativas de saúde:

5 'É preciso compreender que a vacinação é um objeto de difícil apreensão, constituindo-se, na realidade, em um fenômeno de grande complexidade onde se associam e se entrecrocavam crenças e concepções políticas, científicas e culturais as mais variadas. De fato, longe de ser um ato isolado, sujeito apenas aos parâmetros de aferição e decisão da medicina ou das ciências biomédicas, a vacinação é também, pelas implicações socioculturais e morais que envolve, a resultante de processos históricos nos quais são tecidas múltiplas interações e onde concorrem representações antagônicas sobre o direito coletivo e o direito individual, sobre as relações entre Estado, sociedade, indivíduos, empresas e países, sobre o direito à informação, sobre a ética e principalmente sobre a vida e a morte. Potencialmente polêmica, a vacina e seus usos contemplam ainda interesses geopolíticos e macroeconômicos, tendo sido ultimamente associada a conflitos entre nações e ao bioterrorismo.' (PORTO, Â.; PONTE, C. F. *Vacinas e campanhas: as imagens de uma história a ser contada*, Rio de Janeiro, 2003. 725-742. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702003000500013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000500013&lng=en&nrm=iso). Acesso em: set. 2020).

6 'O terceiro mecanismo para remoção da ameaça representada pela multidão sobre o governo federal foi sugerido por Campos Sales ao seu sucessor na presidência da República: aproveitar a reforma do porto do Rio de Janeiro para remodelar o centro urbano da cidade. Ele deveria ser purgado tanto das epidemias quanto das classes perigosas que o habitavam, a fim de retomá-lo enquanto espaço de representação de uma sociedade moderna e civilizada. A reurbanização do Rio de Janeiro conjuraria a ameaça à República consistente de "uma multidão indômita, composta de aventureiros, mestiços, negros e imigrantes pobres", de que era composta a plebe de sua capital (Sevcenko, 2010, p. 80). Caberia ao Estado "transformar, na marra, a multidão indisciplinada de 'pés descalços' em cidadãos talhados segundo os estereótipos que serviam à burguesia europeia para o exercício de sua dominação". A reforma urbana passava assim, também, por uma reforma de costumes, que visava combater as festas profanas e sagradas populares, como "o carnaval, a serenata, a boêmia e o candomblé", acabando também com a mendicância, os mangas em camisa e os descalços da cidade (Benchimol, 2006, p. 264). Foi justamente no meio dessa empreitada, presidida por Rodrigues Alves, auxiliado por Lauro Müller, Pereira Passos e Oswaldo Cruz, que estourou a Revolta da Vacina. No contexto de demolição de milhares de velhos sobrados e cortiços que, a fim de abrir novas vias para escoamento das mercadorias do porto, expulsavam de um dia para o outro a população pobre do miolo da cidade, a revolta popular começou contra a lei da vacinação obrigatória e acabou engrossada por uma rebelião militar. Foi esse o momento em que a demofobia da classe política republicana chegou ao auge. Os discursos parlamentares proferidos nessa ocasião são valiosos porque as circunstâncias obrigaram os oradores assustados e, depois, indignados, no calor da hora, a desvelar francamente seus sentimentos diante da realidade da multidão armada contra o regime por eles apoiado. Nesse momento de clarificação, de desvelamento, a aristocrática classe política da Primeira República, que se legitimava em nome da democracia, permitiu-se manifestar abertamente a sua demofobia.' (LYNCH, C. E. C.. *A multidão é louca, a multidão é mulher*: a demofobia oligárquico-federativa da Primeira República e o tema da mudança da capital. *Hist. cienc. saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, 2013, p.1491-1534. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702013000401491&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702013000401491&lng=en&nrm=iso). Acesso em: set. 2020).

7 SOUZA, L. M. B. DE; GLOECKNER, R. J. Biopolítica e Governamentalidade na Belle Époque carioca: Alguns apontamentos iniciais sobre o controle médico da população e do espaço urbano. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, n.0, 2016, passim.

Art. 1º E' reorganizada a Directoria Geral de Saúde Publica, ficando sob sua competencia, além das attribuições actuaes, tudo que no Districto Federal diz respeito á hygiene domiciliaria, policia sanitaria dos domicilios, logares e logradouros publicos, tudo quanto se relaciona á prophylaxia geral e especifica das molestias infectuosas, podendo o Governo fazer as installações que julgar necessarias e pôr em prática as actuaes posturas municipaes que se relacione com a hygiene.

§ 1º O Governo regulamentará todos os serviços dependentes da Directoria Geral de Saúde Publica, admittindo o pessoal constante da tabella annexa, estabelecendo as medidas repressivas necessarias, afim de tornar effectivas a notificação das molestias infectuosas, a vigilancia e policia sanitarias, e emfim todas as necessarias medidas executivas e disposições regulamentares.

O isolamento hospitalar só terá logar quando a residencia do doente não se prestar ás medidas sanitarias exigidas pelos regulamentos; e, no caso de internação em hospital, a familia terá direito a acompanhar o doente, sendo-lhes proporcionados todos os recursos por conta do Estado, e podendo o tratamento medico ser dirigido pelo facultativo que o doente ou sua familia quizer, segundo o processo therapeutico que lhe aprover respeitada a disciplina interna do estabelecimento. [...]

§ 3º Fica o Governo autorizado a promulgar o Codigo Sanitario, de accôrdo com as seguintes bases:

- a) regulando tudo quanto diz respeito á hygiene urbana e domiciliaria;
  - b) assegurando a prophylaxia geral e especifica das molestias infectuosas;
  - c) estabelecendo o serviço sanitario dos portos e a prophylaxia sanitaria internacional;
  - d) regulamentando o exercicio da medicina e pharmacia;
  - e) abrangendo o Codigo Pharmaceutico;
  - f) instituindo como penas ás infracções sanitarias multas até dois contos de réis (2:000\$), que poderão ser convertidas em prisão até o prazo maximo de tres mezes, bem como, cumulados ou não e mesmo como medida preventiva, apprehensão e destruição dos generos deteriorados ou considerados nocivos á saúde publica, sequestro e venda de animaes ou objectos cuja existencia nas habitações fôr prohibida, cassação de licença, fechamento e interdicção de predios, obras e construcções.
- I. A apprehensão e destruição de generos deteriorados ou considerados nocivos á saúde, assim como a cassação de licença fechamento, serão feitos por simples actos da autoridade administrativa; o sequestro e venda de animaes ou objectos cuja existencia nas habitações fôr prohibida, depois da competente apprehensão pela autoridade administrativa, serão feitos pela autoridade judicial por meio do processo que fôr estabelecido.
- II. A declaração de interdicção de predios, obras e construcções por parte da autoridade administrativa terá por efeito:

Quanto aos predios:

- 1º Serem elles desoccupados amigavel ou judicialmente pelos inquilinos dentro de um a oito dias, conforme a urgencia;
- 2º Serem reparados ou demolidos pelos seus proprietarios no prazo que lhes fôr assignado. Si estes se recusarem fazel-o, as reparações ou demolições serão feitas á sua custa, ficando em um ou outro caso o predio ou terreno por elle occupado legalmente hypothecado para garantia da despeza feita, classe o dia da declaração da interdicção.

Quanto ás obras e construcções:

- 1º Serem ellas immediatamente suspensas;
- 2º Serem reparadas ou demolidas nas mesmas condições e com os mesmos onus que os predios. <sup>8</sup>

8 BRASIL - Decreto Nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904. Decreto Nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904. *Câmara Legislação*, 1904. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1151-5-janeiro-1904-583460-publicacaooriginal-106278-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

Como dito acima, a norma foi produzida dentro do movimento de ‘higienização’ e ‘sanitização’ que ocorria na – então – Capital Federal.<sup>9</sup> A norma federal tinha o âmbito territorial de validade em todo o território nacional, mas estava adrede relacionada ao processo de ‘limpeza’ e ‘sanitização do então DF.’<sup>10</sup> Note-se que havia a preocupação com medidas sanitárias nas entradas nacionais, sobretudo no sistema portuário nacional.<sup>11</sup>

Não será realizada uma abordagem detalhada dos fatores sanitários, sociais, econômicos e políticos desta ação. Apenas como ilustração para a contextualização das razões de edição da norma alinham-se os seguintes elementos:

- a. As intervenções sanitárias eram necessárias dada a situação de insalubridade e de gravidade do quadro sanitário geral, da capital e do país;<sup>12</sup>
- b. As intervenções foram verticalizadas e sem a construção participativa e integrada da população;<sup>13</sup>
- c. As deficiências paralelas como falta de habitação, falta de estrutura de saneamento, essas foram enfrentadas de forma vertical ou de forma excludente;
- d. Havia o quadro de depressão da economia, depois da política deflacionista do governo anterior, de Campos Sales e os dados de crescimento da renda per capita do período ilustram o quadro<sup>14</sup>:

1902/-3,35
1903/-1,12
1904/-1,71
1905/ 0,02

9 Esta norma se encaixava no processo de sanitização da capital federal, então o Rio de Janeiro. No texto há a menção tanto à varíola como à febre amarela. As ações administrativas resultaram na revolta da vacina.

10 Sobre a revolta da vacina e o contexto da vacinação obrigatória ver: SEVCENKO, N. *A Revolta da Vacina*. [S.l.]: Cosac Naify, 2010. Acesso em: 11 set. 2020; NEEDELL, J. D. The Revolta Contra Vacina of 1904: The Revolt Against “Modernization” in Belle-Époque Rio de Janeiro. *Americas*, v. 67, n. 2, p. 233, 1987. Disponível em: <https://ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11619656>. Acesso em: 11 set. 2020. ‘Na verdade, existiram duas reformas urbanas: uma executada pelo governo municipal, e outra executada pelo governo federal, ambas com ideais diferentes. Alguns autores, como Jaime Larry Benchimol (1992), Oswaldo Porto Rocha (1995), Sônia Gomes Pereira (1992) e André Nunes de Azevedo (1998, 2003), já relataram a existência desses dois projetos urbanísticos. Entretanto, esse último autor abordou mais detalhadamente as diferenças entre esses dois projetos, que serão tratadas a seguir. A reforma municipal, gerida por Pereira Passos, por mais que não tenha deixado de lado os aspectos urbanísticos e sanitários, deu bastante importância para os aspectos comportamentais, muito em função do conceito de civilização que regeu a reforma do prefeito. De acordo com Azevedo (1998, 2003), um objetivo do governo municipal foi a ligação das diversas partes da cidade, associada a uma tentativa de difundir a civilização, em virtude de o Centro ser tido como um lugar civilizador. [...] A reforma federal, ocorrida no governo de Rodrigues Alves, dirigida principalmente por Lauro Muller e Francisco Bicalho, priorizou os aspectos urbanísticos e sanitários. Segundo Azevedo (1998, 2003), ela ficou a cargo da modernização do porto, do programa de saneamento, do prolongamento do canal do mangue e da abertura de três avenidas: a Avenida do Cais (atual Rodrigues Alves), a Avenida do Mangue (atual Francisco Bicalho) e a Avenida Central (atual Rio Branco). A principal obra do governo federal foi a modernização do porto, em função da qual foram realizadas as outras obras, uma vez que era necessário reestruturar o sistema viário da área portuária para facilitar a distribuição das mercadorias. A reforma federal tinha como ideal o mecanicismo, com isso a relação viária da cidade era de parte com parte, ou seja, a cidade não era pensada como um todo, podendo a parte ganhar maior importância que o todo, como foi o caso do porto. O porto era a obra mais importante e o símbolo de progresso, conceito que regeu a reforma a cargo do governo federal. O porto sempre foi uma importante fonte de riqueza, e sua modernização seria ideal para desenvolver economicamente o país e atrair imigrantes, porém seria necessário melhorar a imagem do Brasil no exterior, passando a ser visto como salubre e moderno.’ (SILVA, M. G. C. F. D. Algumas considerações sobre a reforma urbana Pereira Passos. *Rev. Bras. Gest. Urbana*, Curitiba, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2175-33692019000100263&lng=en&nrm=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692019000100263&lng=en&nrm=iso). Acesso em: set. 2020, online).

11 À época a entrada principal de pessoas e principal via de escoamento da produção nacional, e da importação de bens.

12 Mencionar que havia a necessidade não significa a concordância com a forma de execução e realização.

13 BATISTA MOUTINHO, F. F. Conflitos da sociedade brasileira com as normas sanitárias: um paralelo entre a revolta da vacina e a *pandemia de covid-19*. *Hygeia - Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde*, 2020, *passim*; CANTISANO, P. J. *Lares, Tribunais e Ruas: A Inviolabilidade de Domicílio e a Revolta da Vacina / Homes, Courts and Streets: The Inviolability of the Home and the Vaccine Revolt*. *Revista Direito e Práxis*, v. 6, n. 11, 2015, p.299-300.

14 IBGE. Estatísticas do século XX. *IBGE - ESTATÍSTICAS DO SÉCULO XX*, 2020. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/economicas/contas-nacionais>. Acesso em: 11 set. 2020.

O Código Sanitário previsto no Decreto anterior foi editado em março do mesmo ano de 1904 e tinha disposições sobre a vacinação. O que pareceu presidir o quadro da norma era o de que a vacinação encaixava-se na esfera geral de poderes da administração, de natureza repressiva, fiscalizadora e sancionadora:<sup>15</sup>

Art. 22. [...] X. Procurar durante as visitas systematicas, e por meios suasorios, applicar a vaccinação contra a variola e contra a peste, tomando todas as notas, de accôrdo com os respectivos livros de registros, afim de que sejam organizadas as estatisticas;

[...] Art. 27. A delegacia de saude funcionará em sua séde, que será dentro de uma das circumscripções que a constituirem, todos os dias uteis, das 7 horas da manhã ás 9 da noite. Dentro deste espaço de tempo os inspectores sanitarios revesar-se-hão em plantões, com o fim especial de attender ás reclamações, receber as partes e notificações dos clinicos, proceder á vaccinação anti-variolica, attestando os seus resultados, bem assim applicar a vaccina contra outras molestias epidemicas, dando conta de tudo em livros especiaes ahi existentes para tal fim. [...]

Art. 200. Quando fôr notificado um caso de peste, o delegado de saude, ou quem suas vezes fizer, procederá do seguinte modo: [...] III. Seguirá immediatamente para o fóco, levando o necessario para injecção de sôro e para a sôro-vaccinação; [...]

#### *Variola*

Art. 207. Quando se tratar de um caso de variola, o inspector sanitario procederá de accôrdo com os ns. I, II, VII e VIII do art. 200 capitulo II, titulo III, parte III, do presente regulamento.

Art. 208. O inspector sanitario munir-se-ha de vaccina anti-variolica e convidará todas as pessôas residentes no fóco a submetterem-se á vaccinação e á revaccinação.

Art. 209. As pessôas que não quizerem acceitar as medidas prophylaticas constantes do artigo antecedente serão recolhidas, em observação, a um edificio apropriado, durante doze dias, correndo as despezas do estadia por conta das pessôas isoladas, pelas quaes ficará responsavel o chefe da familia ou quem suas vezes fizer, depositando este a somma correspondente á estadia das pessôas na casa de observação.

[...]

Art. 211. Durante as visitas de policia sanitaria e vigilancia medica os inspectores sanitarios promoverão, por todos os meios suasorios, a revaccinação, e farão executar rigorosamente as disposições das leis federaes e municipaes que regulam a materia. [...]

Art. 216. A vaccinação e a revaccinação só poderão ser provadas por meio de attestados registrados na Directoria Geral de Saude Publica.

Art. 217. Todo medico que fornecer attestado falso de vaccinação ou revaccinação será multado em 1:000\$ além das penalidades em que possa incorrer em virtude do Codigo Penal. [...]

Art. 237. Todas as vezes que fôr observada, mortandade de ratos, anormal e sem causa aparente, em qualquer casa e suas adjacencias, o chefe da familia ou dono da casa está no dever de communicar o facto ao delegado de saude. [...] c) convidará as pessôas residentes na casa a submetterem-se á sôro-vaccinação anti-pestosa, depois de ter organizado a lista destas pessôas; [...]

Art. 239. Quando tiver conhecimento da existencia de carbunculo em algum deposito de animaes, a autoridade sanitaria procederá do seguinte modo:

a) fará proceder a rigorosa desinfecção do local, si isto fôr possivel;

b) fará, abandonar, temporaria ou definitivamente, as pastagens consideradas infectadas, a juizo do laboratorio bacteriologico;

<sup>15</sup> A ideia geral de poder de polícia administrativa.

c) fará que o gado seja submetido á vacinação anticarbunculosa, antes de sua vinda para os pontos considerados contaminados. <sup>16</sup>

Após a edição dos Decretos com as medidas organizacionais da Administração sanitária, e do Código Sanitário, houve a edição da Lei específica sobre a compulsoriedade da vacinação. Portanto, a lei se apresentou como algo pontual, e dedicado, de robustecimento da ação da Administração pública, no específico do debelar da varíola. Note-se que a compulsoriedade é dedicada à varíola desde o artigo 1º:

Art. 1º A vacinação e revaccinação contra a variola são obrigatorias em toda a Republica.

Art. 2º Fica o Governo autorizado a regulamentar-a sob as seguintes bases:

a) A vacinação será praticada até o sexto mez de idade, excepto nos casos provados de molestia, em que poderá ser feita mais tarde;

b) A revaccinação terá logar sete annos após a vacinação e será repetida por septennios;

c) As pessoas que tiverem mais de seis mezes de idade serão vaccinadas, excepto si provarem de modo cabal terem soffrido esta operação com proveito dentro dos ultimos seis annos;

d) Todos os officiaes e soldados das classes armadas da Republica deverão ser vaccinados e revaccinados, ficando os commandantes responsaveis pelo cumprimento desta;

[...]

Decreto N. 1270 - de 16 de Novembro de 1904  
Decreto do estado de sitio, até trinta dias, no territorio do Districto Federal ena comarca de Nitheroy, no Estado do Rio de Janeiro, e autoriza o Poder Executivo a suspender o dentro do prazo marcado, desde que não necessite mais da medida excepcional.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil:  
Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu promulgo a seguinte resolução:

Art. 1º Ficam declarados em estado de sitio, até trinta dias, o territorio do Districto Federal e a comarca de Nitheroy, no Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º O Poder Executivo fica autorizado a suspender o estado de sitio dentro do prazo marcado, desde que não necessite mais da medida excepcional. <sup>17 18</sup>

A compulsoriedade gerou a revolta pois se disseminaram as informações sobre constrangimento físico, sobre intromissão corporal indevida de seringas e agulhas, sobre a inoculação do vírus da própria varíola (incompreensível para muitos), e sobre violação de domicílios. A revolta foi alimentada justamente pelo constrangimento físico e moral a que foram submetidas as pessoas que eram, à força, determinadas à vacinação, ou tinham os lares invadidos. Com a revolta as medidas de constrangimento físico foram relaxadas.<sup>19</sup> As medidas

16 BRASIL - Decreto Nº 5.156, de 8 de março de 1904. Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1904. *Câmara Legislação*, 1904. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5156-8-marco-1904-517631-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

17 BRASIL - Decreto N. 1270 - de 16 de novembro de 1904. Decreto N. 1270 - de 16 de novembro de 1904. *Portal da legislação*, 1904. Disponível em: Decreto N. 1270 - de 16 de novembro de 1904. Acesso em: 12 set. 2020.

18 Foi prorrogado por 30 dias pelos Decretos nº 1.297, de 14 de dezembro de 1904; 5.432, de 14 de janeiro; e 5.461, de 15 de fevereiro do ano de 1905. A suspensão definitiva com o Decreto nº 5.479, em 14 de março de 1905.

19 No HC nº 2244 o STF julgou inconstitucional a entrada de agentes do Estado no domicílio do Paciente, sem a sua expressa autorização: 'Habeas Corpus impetrado em favor de Manoel Fortunato de Araújo Costa, alegando ameaça de constrangimento ilegal pelo fato de ter recebido pela segunda vez a intimação de um inspetor sanitário para adentrar em sua casa e proceder à desinfecção do mosquito causador da febre amarela. O Tribunal considerou inconstitucional o dispositivo que facultava às autoridades sanitárias adentrarem em casa de particular para realizarem operações de expurgo do mosquito sem a concessão do proprietário. Provido o recurso, por maioria, para conceder o habeas corpus preventivo, para impedir a entrada da autoridade sanitária em casa do paciente, sem o seu consentimento.' (STF - HABEAS CORPUS Nº 2244. Habeas Corpus nº 2244. *STF - Julgamentos históricos*, 1905. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdescricaoHC2244>. Acesso em: set. 2020).

normativas, todavia, envolveram, de fato, além do constrangimento físico e o adentrar nos domicílios, restrições administrativas diversas: exigência para matrícula escolar; para contrair núpcias; para formalização de emprego; para viagens; para hospedagem, entre tantos.<sup>20</sup>

#### **4 O SISTEMA DE NORMAS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO. A REFORMULAÇÃO DO SISTEMA SANITÁRIO A PARTIR DA DÉCADA DE 20**

Após o período de estruturação inicial, na gestão presidencial de Rodrigues Alves, na década de 20 o sistema de administração sanitária passou por transformações. Na década de 20 há a estruturação do sistema sanitário com descontração da natureza repressiva e de polícia, com a inserção de conteúdos e de finalidades amplas, mais voltadas à promoção da saúde como política do Estado. Isso implicou na mudança do contexto da compulsoriedade da vacinação. Na década de 30 há a estruturação administrativa sanitária com a colocação da ação estatal como verdadeira política promocional. Com a Constituição de 1988 há a promoção para o caráter de Direito Fundamental.

A Lei nº 3.987, de janeiro de 1920 reformulou o sistema sanitário nacional. A nova estrutura contemplava áreas especializadas e determinava competências específicas para as necessidades sanitárias:

- Art. 1º Fica creado o Departamento Nacional de Saude Publica, subordinado directamente ao Ministro da Justiça e Negocios Interiores, compreendendo:
- a) os serviços de hygiene no Districto Federal que deverão abranger a prophylaxia geral e especifica das doenças transmissiveis, a execução de providencias de natureza, aggressiva ou defensiva, as que tiverem por fim a hygiene domiciliaria, a policia sanitaria das habitações privadas e collectivas, das fabricas, das officinas, dos collegios, dos estabelecimentos commerciaes e industriaes, dos hospitaes, casas de saude, maternidade, matadouros, mercados, logares ou logradouros publicos, hotéis, restaurantes e a fiscalização dos generos alimenticios;
  - b) serviços sanitarios dos portos maritimos e fluviaes;
  - c) a prophylaxia rural no Districto Federal, nos Estados e no Territorio do Acre;
  - d) o estudo da natureza, etiologia, tratamento e prophylaxia das doenças transmissiveis, bem como quaesquer pesquisas scientificas que interessem a Saude Publica;
  - e) fornecimento de sôros, vaccinas, e de outros productos etiologicos que se destinem ao combate de epidemias em quaesquer regiões do paiz, e a fiscalização do preparo daqueles productos em institutos e laboratorios particulares;
  - f) fornecimentos dos medicamentos officiaes de accôrdo com o decreto n. 13.159, de 28 de agosto de 1918, por intermedio do Instituto Oswaldo Cruz;
  - g) o exame chimico dos generos alimenticios de procedencia nacional e dos estrangeiros importados para o consumo.
  - h) a inspecção medica de immigrantes e de outros passageiros que se destinem aos portos da Republica;
  - i) assistencia aos morpheticos e aos doentes que, no Districto Federal, pela natureza da molestia, devam ser isolados;
  - j) a organização' das estatisticas demograplio-sanitarias e a publicação dos boletins respectivos;

20 O Código Penal de 1890 não tinha tipo específico que encapsulasse a vacinação. Dos artigos 156 ao 164 havia uma tipologia de crimes contra a saúde pública, mas nenhum dos tipos englobava especificamente a vacinação. Do artigo 134 ao 135 havia tipos de obediência/desobediência à autoridade, também tipos que não eram capazes de encapsular a específica situação da vacinação. (BRASIL - Código Penal de 1890. Decreto Nº 847, de 11 de outubro de 1890. *Câmara Legislação*, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: set. 2020.

- k) o serviço de fiscalização dos esgotos e o da construção de novas rêsdes no Distrito Federal;
- l) a fiscalização de productos pharmaceuticos de sôros, vaccinas e quaesquer outros productos biologicos, expostos á venda;
- m) a organização do Codigo Sanitario, que será submettido á aprovação do Congresso Nacional; Art. 2º O director do Departamento Nacional do Saude Publica será livremente nomeado pelo Presidente da Republica dentre os medicos de reconhecido saber, podendo servir em commissão, cabendo-lhe a superintendencia dos serviços sanitarios federaes no Brasil. <sup>21</sup>

A reforma instituiu a responsabilidade de 3 Diretorias para as políticas de saúde, inclusive de vacinação: 'Directoria dos Serviços Sanitarios Terrestres na Capital Federal; Directoria de Defesa Sanitaria Maritima e Fluvial; e, Directoria do Saneamento e Proyhyllaxia Rural'.<sup>22 23</sup>

A posição das Diretorias de saúde foi modificada com a criação, na década de 30, do novo Ministério da Saúde Pública. O novo Ministério concentrava as ações sociais de educação e de saúde pública, inclusive com a absorção de que questões sanitárias envolviam a educação e a saúde:

Art. 1º Fica criada uma Secretaria de Estado com a denominação de Ministério dos Negócios da Educação e Saude Pública, sem aumento de despeza.

Art. 2º Este Ministério terá a seu cargo o estudo e despacho de todos os assuntos relativos ao ensino, saude pública e assistência hospitalar.

Art. 3º O novo ministro de Estado terá as mesmas honras, prerrogativas e vencimentos dos outros ministros.

[...]

Art. 5º Ficarão pertencendo ao novo Ministério os estabelecimentos, instituições e repartições públicas que se proponham à realização de estudos, serviços ou trabalhos especificados no art. 2º, como são, entre outros, o Departamento do Ensino, o Instituto Benjamim Constant, a Escola Nacional de Belas Artes, o Instituto Nacional de Música, o Instituto Nacional de Surdos Mudos, a Escola de Aprendizes Artífices, a Escola Normal do Artes e Ofícios Venceslau Braz, a Superintendência dos Estabelecimentos do Ensino Comercial, o Departamento de Saude Pública, o Instituto Osvaldo Cruz, o Museu Nacional e a Assistência Hospitalar. <sup>24</sup>

21 BRASIL - Lei Nº 3.987, de 2 de janeiro de 1920. Lei Nº 3.987, de 2 de janeiro de 1920. *Câmara Legislação*, 1920. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3987-2-janeiro-1920-570495-publicacaooriginal-93627-pl.html#:~:text=Reorganiza%20os%20servi%C3%A7os%20da%20Saude%20Publica.&text=o%20exame%20chimico%20dos%20generos,estrangeiros%20importados%20para%20>. Acesso em: 11 set. 2020.

22 BRASIL - Lei Nº 3.987, de 2 de janeiro de 1920. Lei Nº 3.987, de 2 de janeiro de 1920. *Câmara Legislação*, 1920. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3987-2-janeiro-1920-570495-publicacaooriginal-93627-pl.html#:~:text=Reorganiza%20os%20servi%C3%A7os%20da%20Saude%20Publica.&text=o%20exame%20chimico%20dos%20generos,estrangeiros%20importados%20para%20>. Acesso em: 11 set. 2020.

23 'Para a profilaxia da varíola, segundo a mesma legislação, previa-se acordo com as autoridades sanitárias estaduais, a quem competiria a execução das medidas específicas nos portos e zona rural. No que diz respeito à vacinação e revacinação antivariólica, este acordo estipulava que deveriam ser executadas de forma intensiva e sistemática, a partir dos seis meses de idade, e dali em diante, a cada sete anos, abrangendo também todos os comunicantes dos enfermos. A vacina com linfa de origem animal deveria ser aplicada por médicos diplomados ou pessoas habilitadas pelas autoridades sanitárias, e produzida por estabelecimentos oficiais ou oficialmente autorizados que, após a comprovação da eficácia do método, eram responsáveis pela emissão dos atestados de vacinação, gratuitos, impressos pela repartição sanitária. Na capital federal, a vacinação deveria ser realizada, também, nas sedes das delegacias sanitárias, por técnicos capacitados para a tarefa. A apresentação do atestado de vacinação era obrigatória para admissão do indivíduo em funções públicas federais, estaduais ou municipais, ingresso no serviço militar e na Marinha, em instituições de ensino, em asilos e instituições religiosas, no trabalho formal, e em hotéis, estalagens, hospedarias, casas de cômodo e demais tipos de habitação coletiva, e para a obtenção de carteira de identidade, passaporte ou certidão de nascimento. Estas medidas eram extensivas a toda a população e aos estrangeiros desembarcados no território nacional'. (FERNANDES, T. M. D.; CHAGAS, D. C.; SOUZA, É. M. D. *Varíola e vacina no Brasil no século XX: institucionalização da educação sanitária. Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, fev. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232011000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: set. 2020).

24 BRASIL - Decreto Nº 19.402, de 14 de novembro de 1930. Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930. *Câmara Legislação*, 1930. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19402-14-novembro-1930-515729-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Cria%20uma%20Secret%C3%A1ria%20de%20Estado,da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Saude%20Publica.&text=1%C2%BA%20Fica%20criada%20uma%20](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19402-14-novembro-1930-515729-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Cria%20uma%20Secret%C3%A1ria%20de%20Estado,da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Saude%20Publica.&text=1%C2%BA%20Fica%20criada%20uma%2). Acesso em: set. 2020.

Em 1941 houve a estruturação do Departamento Nacional de Saúde em vários serviços. A partir de então as ações sanitárias e vacinais ficavam subsumidas à nova estrutura de saúde, com a maior especialização do que aquela até então existente:<sup>25</sup>

Art. 1º Ao Departamento Nacional de Saúde, subordinado ao Ministro da Educação e Saúde, compete:

- a) promover a realização de inquéritos, pesquisas e estudos sobre as condições da saúde, sobre as questões de saneamento e higiene, e bem assim sobre a epidemiologia das doenças existentes no país e os métodos de sua profilaxia e tratamento;
- b) superintender a administração dos serviços federais nados à realização das atividades mencionadas na alínea anterior, e ainda das que tenham por objetivo promover, de qualquer maneira, medidas de conservação e melhoria da saúde, assim como, especificamente, de prevenção ou tratamento das doenças;
- c) estabelecer a coordenação das repartições estaduais e municipais e das instituições de iniciativa particular, que se destinem à realização de quaisquer atividades concernentes ao problema da saúde, animá-las, fiscalizá-las, orientá-las e assistí-las tecnicamente, e ainda estudar os critérios a serem adotados para a concessão de auxílios e subvenções federais para a realização dessas atividades, e controlar a aplicação dos recursos concedidos;
- d) organizar cursos de aperfeiçoamento sobre assuntos médicos e sanitários. [...]<sup>26</sup>

A edição do Código Penal, no ano anterior, 1940, também se fez com a inserção de dispositivo de natureza criminal, no Capítulo Dos Crimes Contra a Saúde Pública, do art. 268. De maneira aberta, sujeita às remissões, a disciplina penal embutia a ideia de obrigações para com as normativas sanitárias do Poder Público, inclusive a vacinação (embora dependa, justamente, da definição das vacinas, ou das vacinas de determinação obrigatória). À diferença do Código anterior, o CP de 1940 trazia disposições com tipos de mais fácil remissão e integração com normas sanitárias:<sup>27</sup>

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.<sup>28</sup>

25 'O marco mais definitivo no processo de construção institucional da saúde pública enquanto política estatal foi a gestão do Gustavo Capanema no Ministério da Educação e Saúde Pública (1934-45), a mais longa permanência de um ministro nas pastas de educação e saúde. Foi a reforma do o Ministério que, proposta em 1935 e implementada por Capanema a partir de janeiro de 1937, definiu rumos para a política de saúde pública, reformulando e consolidando a estrutura administrativa e adequando-a aos princípios básicos que haviam definido a política social do Estado Novo. Foi a partir dessa reforma que o Ministério passou a se denominar Ministério da Educação e Saúde (MES). A segunda grande reforma ocorreu em 1941 com a criação dos Serviços Nacionais, que verticalizaram as campanhas de combate a doenças específicas e às grandes endemias. Portanto, serão essas duas reformas empreendidas por Capanema — uma mais geral da estrutura do MESP e outra mais específica nas ações de saúde — que definirão e consolidarão a estrutura administrativa e institucional da saúde pública, que permaneceu quase inalterada até a criação do Ministério da Saúde em 1953, e de certo modo até o final dos anos 80.' (HOCHMAN, G. Reformas, instituições e políticas de saúde. *Educar*, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/er/n25/n25a09.pdf>. Acesso em: set. 2020).

26 BRASIL - Decreto-Lei Nº 3.171, de 2 de abril de 1941. *Câmara Legislação*, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3171-2-abril-1941-413188-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: set. 2020.

27 E a definição poderá ser heterogênea, ou homogênea, a depender do tipo de normativa a ser produzida definindo a cobertura e a ação vacinal. De acordo com a exposição de Karlos Alves, podem ser alinhados como tipos penais que orbitam na questão vacinal, os seguintes: Art. 131, Perigo de contágio de moléstia grave; Art. 132, Perigo para a vida ou saúde de outrem; Art. 267, Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos; Art. 268, Infração de Medida sanitária preventiva; Art. 269, Omissão de notificação de doença; Art. 330, Desobediência. BARBOSA, K. A. *Legislação penal e vacinação compulsória*. Uberlândia: [s.n.]. 2020.

28 BRASIL - Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto Legislação*, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: set. 2020.

Todavia, a despeito da edição do CP, em 1940, a matriz normativa e institucional das décadas de 30 e 40 tinha mudança de concepção àquela anterior. A ação estatal passou a ser a ação de promoção e oferta de serviço e de prestação material: campanhas e oferta vacinal massiva. Assim, o mote de ação estatal se desconcentrou de postura repressiva para postura promocional. O modelo institucional e normativo instituído na era Vargas se manteve nos decênios posteriores. Nas décadas seguintes há campanhas de vacinação de várias doenças com cobertura populacional e territorial nacionais.<sup>29</sup>

Na década de 70 é que se define normativamente o modelo abrangente de imunização como plano de governo. A Lei nº 6.259, de 1975, assentou os marcos do Programa Nacional de Imunizações. A Lei disciplinou a compulsoriedade da vacinação como obrigação de natureza sanitária-administrativa:<sup>30</sup>

Art 3º Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório. Parágrafo único. As vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional. [...]

Art 5º O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado através de Atestado de Vacinação.

§ 1º O Atestado de Vacinação será emitido pelos serviços públicos de saúde ou por médicos em exercício de atividades privadas, devidamente credenciados para tal fim pela autoridade de saúde competente.

§ 2º O Atestado de Vacinação, em qualquer caso, será fornecido gratuitamente, com prazo de validade determinado, não podendo ser retido, por nenhum motivo, por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 3º Anualmente, para o pagamento do salário-família, será exigida do segurado a apresentação dos Atestados de Vacinação dos seus beneficiários,

29 A Portaria nº 49, de 1962 instituiu a Campanha Nacional de Vacinação contra a Varíola. 'Art. 1º Fica instituída, no Ministério da Saúde, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei nº 5.026, de 14 de junho de 1966, e de acordo com plano aprovado pelo Ministro da Saúde, a Campanha de Erradicação da Varíola (C.E.V.), diretamente subordinada ao Diretor-Geral do Departamento Nacional de Saúde e destinada a intensificar e coordenar, em todo o território nacional, as atividades públicas e particulares de prevenção e combate à varíola, em todas as suas formas clínicas, com a finalidade de alcançar a erradicação dessa doença'. (BRASIL - Decreto nº 59.153, de 31 de Agosto de 1966, 1966). A varíola foi considerada erradicada no Brasil em 1973.' A conclusão do programa de erradicação da varíola no Brasil, com a certificação pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1973, foi um marco fundamental nessa trajetória. A CEV, que dispunha de estrutura executiva autônoma diretamente subordinada ao Ministro da Saúde, mobilizou grandes esforços nacionais no desenvolvimento de estratégias de vacinação em massa, apoiou a produção e o controle de qualidade da vacina antivariólica, introduziu a aplicação dos então recentes conceitos de vigilância epidemiológica e estabeleceu mecanismos de avaliação do programa.' (TEMPORAO, J. G. O Programa Nacional de Imunizações (PNI): origens e desenvolvimento. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702003000500008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000500008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: set. 2020). Em 1971 é instituído o Plano nacional de controle da poliomielite: 'Em 1971, face à ocorrência de repetidos surtos da doença em vários pontos do território nacional, o Ministério da Saúde instituiu o Plano Nacional de Controle da Poliomielite. Esse plano foi a primeira tentativa organizada nacionalmente de controlar a poliomielite no Brasil. Naquele ano, um projeto-piloto implantado no estado do Espírito Santo incluía um estudo para avaliar a resposta sorológica à vacina e introduzir a metodologia de campanhas estaduais realizadas em um só dia (Ministério da Saúde, 1993, p. 12). O governo federal assegurou o suprimento de vacinas e a supervisão técnica, adotando a estratégia de vacinação em massa num só dia, nas zonas urbanas, e estabelecendo três etapas anuais de vacinação do grupo etário de três meses a quatro anos de idade, realizadas em períodos distintos nos diversos estados. Como a execução era de responsabilidade dos estados e municípios, seria necessário um trabalho de sensibilização das autoridades locais e de convencimento da população, inclusive para mobilizar recursos comunitários.' (CAMPOS, A. L. V. D.; NASCIMENTO, D. R. D.; MARANHÃO. A história da poliomielite no Brasil e seu controle por imunização. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702003000500007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000500007&lng=en&nrm=iso)).

30 O Decreto regulamentador da Lei também tinha disposições de obrigatoriedade: 'Art. 27. Serão obrigatórias, em todo o território nacional, as vacinações como tal definidas pelo Ministério da Saúde, contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo o Ministério Saúde elaborará relações dos tipos de vacina cuja aplicação será obrigatória em todo o território nacional e em determinadas regiões do País, de acordo com comportamento epidemiológico das doenças.' (BRASIL - Decreto Nº 78.231, de 12 de agosto de 1976. Decreto No 78.231, de 12 de agosto de 1976. *Planalto legislação*, 1976. Disponível em: DECRETO No 78.231, DE 12 DE AGOSTO DE 1976. Acesso em: set. 2020).

que comprovarem o recebimento das vacinações obrigatórias, na forma que vier a ser estabelecida em regulamento.

Art 6º Os governos estaduais, com audiência prévia do Ministério da Saúde, poderão propor medidas legislativas complementares visando ao cumprimento das vacinações, obrigatórias por parte da população, no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. As medidas de que trata este artigo serão observadas pelas entidades federais, estaduais e municipais, públicas e privadas, no âmbito do respectivo Estado.<sup>31</sup>

A Lei nº 6.258 fez a remissão ao Decreto-Lei nº 785, de 1969. Este documento legal determinava as sanções quando de 'infrações às normas relativas à saúde e respectivas penalidades'. A norma também tinha natureza administrativa e encartava a obrigatoriedade como matéria administrativa:

Art. 1º As infrações às normas sanitárias regem-se pelo presente Decreto-lei, salvo determinação legal expressa e independentemente das sanções penais cabíveis.

Art. 2º Considera-se infração, para o fim dêste Decreto-lei, a desobediência ou a inobservância ao disposto nas normas legais, regulamentares e outras que, por qualquer forma, se destinem a preservar a saúde.

Parágrafo único. Constituem, ainda, infrações, a fraude, a falsificação e a adulteração das matérias - primas e dos produtos farmacêuticos, dietéticos, produtos de higiene, perfumes, cosméticos e congêneres, saneantes e detergentes e seus congêneres, quaisquer produtos, substâncias ou insumos e outros que interessem à saúde pública.

Art. 3º As infrações serão apuradas em processo administrativo, iniciado com a lavratura do auto de infração, e as penalidades a serem impostas são as classificadas a seguir: [...] Art. 8º São infrações de natureza sanitária:

[...] VII - impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis e ao sacrifício de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias;

VIII - deixar de executar, dificultar ou opor-se à execução de medidas sanitárias que visem à prevenção das doenças transmissíveis e sua disseminação, à preservação e à manutenção da saúde;

IX - opor-se à exigência de provas imunológicas ou à sua execução pelas autoridades sanitárias;<sup>32</sup>

Este documento foi substituído pela Lei nº 6.337, de 1977. Este texto legal também estampava as sanções administrativas para 'infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas'. O texto manteve as previsões de sanções relacionadas à imunização:

VII - impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis e ao sacrifício de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias: [...]

VIII - reter atestado de vacinação obrigatória, deixar de executar, dificultar ou opor-se à execução de medidas sanitárias que visem à prevenção das doenças transmissíveis e sua disseminação, à preservação e à manutenção da saúde:[...]

---

31 BRASIL, Lei Nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. Lei Nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. *Legislação Câmara*, 1975. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6259-30-outubro-1975-357094-norma-pl.html>. Acesso em: 21 set. 2020.

32 BRASIL - Decreto-Lei Nº 785, de 25 de agosto de 1969. Decreto-Lei Nº 785, de 25 de agosto de 1969. *Planalto legislação*, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0785.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0785.htm). Acesso em: set. 2020.

IX - opor-se à exigência de provas imunológicas ou à sua execução pelas autoridades sanitárias:[...]

X - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes no exercício de suas funções:<sup>33</sup>

Nos anos 80 a Constituição incluiu a saúde como Direito Fundamental e as ações de saúde também como deveres do Estado. Fê-lo tanto com a inserção no Título II, no rol de Direitos Sociais Fundamentais, como com a parte de disciplina do Sistema sanitário no Título VIII, da Ordem Social. É na vigência deste texto que ocorre a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente que também aponta a obrigação vacinal:<sup>34</sup>

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Parágrafo único. É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.<sup>35 36</sup>

Recentemente, sob o impacto da pandemia da Covid-19 houve a edição de lei sobre a matéria de vacinação, adrede relacionada às dificuldades deste problema sanitário:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

- I - isolamento;
- II - quarentena;
- III - determinação de realização compulsória de:
  - a) exames médicos;
  - b) testes laboratoriais;
  - c) coleta de amostras clínicas;
  - d) *vacinação e outras medidas profiláticas*; ou
  - e) tratamentos médicos específicos; [...].<sup>37</sup>

No período recente da pandemia o STF produziu decisões sobre vários temas da matéria. Assim, o STF tem entendimento de que: a convicção filosófica, ou religiosa, não pode constituir obstáculo à vacinação; deve ser diferenciada a vacinação obrigatória da vacinação forçada, já que a última seria o constrangimento e redução corpórea à ação estatal; não há inconstitucionalidade de normas de obrigação vacinal, inclusive do ECA; há a possibilidade de aplicação de sanção ao pai-mãe-responsável que descumprir medida compulsória de vacinação; há competência municipal para os entes locais e regionais realizarem a vacinação (respeitada a coordenação da União).<sup>38</sup>

33 BRASIL - Lei Nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Lei Nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. *Planalto Legislação*, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6437.htm#art40](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6437.htm#art40). Acesso em: set. 2020.

34 MEDEIROS, M. F. Os movimentos contra vacinação no Brasil e a lei da vacinação obrigatória: uma análise crítica a partir dos direitos da criança e do adolescente e a partir do risco de surtos epidêmicos de doenças infecciosas anteriormente controladas por cobertura vacinal. *Revista Dissertar*, v. 1, n. 32, 2019, p.94.

35 BRASIL - ECA - Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Planalto legislação*, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: set. 2020.

36 O parágrafo foi renumerado para § 1º.

37 BRASIL - Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Planalto legislação*, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: set. 2020.

38 MEDEIROS, M. F. Os movimentos contra vacinação no Brasil e a lei da vacinação obrigatória: uma análise crítica a partir dos direitos da criança e do adolescente e a partir do risco de surtos epidêmicos de doenças infecciosas anteriormente controladas por cobertura vacinal. *Revista Dissertar*, v. 1, n. 32, 2019. P. 241-242.

## 5 AS CONSIDERAÇÕES DE FECHO. QUADRO CONCLUSIVO

O ensaio permite a elaboração das seguintes considerações sobre as normas do sistema vacinal brasileiro e a sua natureza cogente:

1. O Estado brasileiro estruturou sistema sanitário a partir do início do século XX. As disposições normativas iniciais refletiam os interesses de sanitização da capital e das entradas do território nacional, notadamente dos portos. Havia forte concentração de recursos e interesses na remodelação da capital federal, do então DF, o Rio de Janeiro. A partir da década de 30 há a transformação do sistema sanitário e a ação vacinal passa a ser contextualizada dentro de um arquétipo amplo de política sanitária, com arrefecimento do caráter repressivo, e ênfase no aspecto promocional. A contar da edição da Constituição de 1988 há a inserção do sistema sanitário dentro da teleologia de promoção de Direitos Fundamentais, ou seja, além do caráter promocional, acresceram-se os conteúdos de fundamentabilidade.

2. A primeira norma cogente, de obrigatoriedade vacinal, foi na campanha contra a varíola, no ano de 1904. A norma mencionava a obrigatoriedade sem especificar as formas de constrangimento, ou os elementos coercitivos a serem empregados. A concretização dos comandos preceptivos desta norma se fez, inicialmente, com o constrangimento físico, ou uso forçado disposição física para adentrar na esfera domiciliar, pela parte dos Agentes do Estado, contra os refratários à vacinação (ou outras medidas sanitárias como aplicação de inseticidas, ou drenagem que também envolveram entrada nos domicílios). A reação popular ocasionou a adoção de medidas excepcionais, como o Estado de Sítio, dada a inconformidade com o constrangimento físico e violação domiciliar. As medidas coercitivas que não envolviam constrangimento físico, ou o adentrar nos domicílios, envolveram medidas administrativas gerais, limitando o acesso aos serviços públicos, ou a restrição à fruição de direitos, entre tantas.

3. As mudanças do sistema sanitário nacional, a partir da década de 30, estruturaram a vacinação como política de Estado, com abrangência nacional. Esse novo sistema tinha a axiologia e a teleologia de sistema promocional, de universalização do acesso aos serviços, acentuando o caráter promocional da vacinação. Portanto, a despeito da edição do CP, em 1940, as normas de natureza penal, como sancionadoras de condutas refratárias às ações administrativas de saúde, não continham/contém um tipo específico sobre vacinação. As normas penais apresentam proteção abrangente sobre as matérias de saúde.

4. Não há tipo penal específico construído sobre a hipótese fática vacinação. As disposições constantes do Capítulo do CP sobre medidas sanitárias apresentam-se abertas não contemplando a descrição de hipótese específica sobre vacinação. A norma penal aponta para a necessidade de que a medida seja flanqueada por outra/s norma/s que defina/m a obrigação sanitária vacinação.<sup>39</sup> As normas de complemento à norma penal podem ser tanto normas legais, como é o caso da recente edição de lei, no ano de 2020, como também há a possibilidade de edição dos regulamentos administrativos gerais determinantes de ação administrativa vacinal.

5. Há no ordenamento brasileiro a previsão de normas administrativas determinando a obrigatoriedade de vacinação. Assim, o sistema de normas administrativas tanto coloca a comprovação vacinal como requisito à fruição de serviços, como condição de acesso à direitos. Além disso, há a previsão de aplicação de sanções gerais, de natureza administrativa,

39 Caso clássico de norma dependente de outra norma para a produção de efeitos.

ao refratário à vacinação. No caso do ECA, a não realização da obrigatoriedade vacinal pode sujeitar os pais/mães, ou responsáveis, às sanções de tutela protetiva da criança e do adolescente (como é próprio da natureza de proteção de Direitos Fundamentais da criança e do adolescente).

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, K. A. *Legislação penal e vacinação compulsória*. Uberlândia: [s.n.]. 2020.

BRASIL - CÓDIGO PENAL DE 1890. DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. *Câmara Legislação*, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL - DECRETO N. 1270 - DE 16 DE NOVEMBRO DE 1904. DECRETO N. 1270 - DE 16 DE NOVEMBRO DE 1904. *Portal da legislação*, 1904. Disponível em: DECRETO N. 1270 - DE 16 DE NOVEMBRO DE 1904. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL - DECRETO Nº 1.151, DE 5 DE JANEIRO DE 1904. DECRETO Nº 1.151, DE 5 DE JANEIRO DE 1904. *Câmara Legislação*, 1904. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1151-5-janeiro-1904-583460-publicacaooriginal-106278-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL - DECRETO Nº 19.402, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1930. Decreto nº 19.402, de 14 de Novembro de 1930. *Câmara Legislação*, 1930. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19402-14-novembro-1930-515729-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Cria%20uma%20Secret%C3%A1ria%20de%20Estado,da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Saude%20Publica.&text=1%C2%BA%20Fica%20criada%20uma%>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL - DECRETO Nº 5.156, DE 8 DE MARÇO DE 1904. Decreto nº 5.156, de 8 de Março de 1904. *Câmara Legislação*, 1904. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5156-8-marco-1904-517631-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL - DECRETO Nº 59.153, DE 31 DE AGOSTO DE 1966. Decreto nº 59.153, de 31 de Agosto de 1966. *Câmara Legislação*, 1966. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-59153-31-agosto-1966-399883-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL - DECRETO NO 78.231, DE 12 DE AGOSTO DE 1976. DECRETO No 78.231, DE 12 DE AGOSTO DE 1976. *Planalto legislação*, 1976. Disponível em: DECRETO No 78.231, DE 12 DE AGOSTO DE 1976. Acesso em: set. 2020.

BRASIL - DECRETO-LEI NO 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. *Planalto Legislação*, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: set. 2020.

BRASIL - DECRETO-LEI Nº 3.171, DE 2 DE ABRIL DE 1941. *Câmara Legislação*, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3171-2-abril-1941-413188-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL - DECRETO-LEI Nº 785, DE 25 DE AGOSTO DE 1969. DECRETO-LEI Nº 785, DE 25 DE AGOSTO DE 1969. *Planalto legislação*, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0785.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0785.htm). Acesso em: set. 2020.

BRASIL - ECA - LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. *Planalto legislação*, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: set. 2020.

BRASIL - LEI Nº 1.261, DE 31 DE OUTUBRO DE 1904. LEI Nº 1.261, DE 31 DE OUTUBRO DE 1904. *Câmara*, 1904. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL - LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. *Planalto legislação*, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: set. 2020.

BRASIL - LEI Nº 3.987, DE 2 DE JANEIRO DE 1920. LEI Nº 3.987, DE 2 DE JANEIRO DE 1920. *Câmara Legislação*, 1920. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3987-2-janeiro-1920-570495-publicacaooriginal-93627-pl.html#:~:text=Reorganiza%20os%20servi%C3%A7os%20da%20Saude%20Publica.&text=o%20exame%20chimico%20dos%20generos,estrangeiros%20importados%20para%20>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL - LEI Nº 6.437, DE 20 DE AGOSTO DE 1977. LEI Nº 6.437, DE 20 DE AGOSTO DE 1977. *Planalto Legislação*, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6437.htm#art40](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6437.htm#art40). Acesso em: set. 2020.

CAMPOS, A. L. V. D.; NASCIMENTO, D. R. D.; MARANHÃO. A história da poliomielite no Brasil e seu controle por imunização. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702003000500007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000500007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: set. 2020.

FERNANDES, T. M. D.; CHAGAS, D. C.; SOUZA, É. M. D. Variola e vacina no Brasil no século XX: institucionalização da educação sanitária. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, fev. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232011000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 set. 2020.

HOCHMAN, G. Reformas, instituições e políticas de saúde. *Educar*, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/er/n25/n25a09.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

IBGE - ESTATÍSTICAS DO SÉCULO XX. *IBGE - ESTATÍSTICAS DO SÉCULO XX*, 2020. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/economicas/contas-nacionais>. Acesso em: 11 set. 2020.

LYNCH, C. E. C. A multidão é louca, a multidão é mulher” : a demofobia oligárquico-federativa da Primeira República e o tema da mudança da capital. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, 2013, p.1491-1534. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702013000401491&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702013000401491&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 set. 2020.

NEEDELL, J. D. The Revolta Contra Vacina of 1904: The Revolt Against “Modernization” in Belle-Epoque Rio de Janeiro. *Americas*, v. 67, n. 2, p. 233, 1987. Disponível em: <https://ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11619656>. Acesso em: 11 set. 2020.

PORTO, Â.; PONTE, C. F. Vacinas e campanhas: as imagens de uma história a ser contada. *Vacinas e campanhas: as imagens de uma história a ser contada*, Rio de Janeiro, 2003. 725-742. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702003000500013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000500013&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 set. 2020.

SEVCENKO, N. *A Revolta da Vacina*. [S.l.]: Cosac Naify, 2010. Acesso em: 11 set. 2020.

SILVA, M. G. C. F. D. Algumas considerações sobre a reforma urbana Pereira Passos. *Rev. Bras. Gest. Urbana*, Curitiba, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2175-33692019000100263&lng=en&nrm=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692019000100263&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 set. 2020.

STF - HABEAS CORPUS Nº2244. Habeas Corpus nº2244. *STF - Julgamentos históricos*, 1905. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdescricaoHC2244>. Acesso em: 11 set. 2020.

TEMPORAO, J. G. O Programa Nacional de Imunizações (PNI): origens e desenvolvimento. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-597020030005000008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-597020030005000008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 set. 2020.

---

**Recebido em:** 25.05.2021

**Aprovado em:** 08.12.2021

### **Como citar este artigo (ABNT):**

BORGES, Alexandre Walmott; EDDINE, André Prudente; KIL, Alexey Gerkman. O tratamento da vacinação no sistema jurídico brasileiro. Compulsoriedade e organização: análise comparativa da evolução normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.44, p.166-182, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR44-08.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.



**Newton**

ISSN 1678-8729