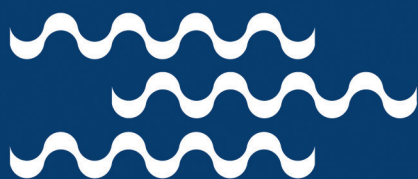


MELHORES TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELA REIS PAIVA MONTEIRO  
JULIA MACEDO DE LAMARE  
VICTOR XAVIER GOMES CARNEIRO

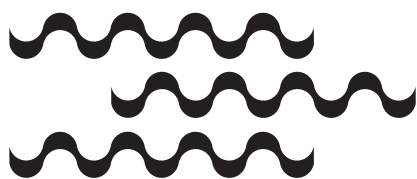
INCLUI TAMBÉM OS MELHORES TRABALHOS  
REALIZADOS DURANTE A SEMANA JURÍDICA



Coleção Jovem Jurista

2013





Coleção Jovem Jurista

2013

**FGV — Fundação Getulio Vargas**

Praia de Botafogo 190

Botafogo — RJ

CEP: 22250-900

Tels: 55 21 3799-5938/6000

E-mail: faleconosco@fgv.br

**FGV Direito Rio — Escola de Direito do Rio de Janeiro**

Praia de Botafogo, 190 13º andar

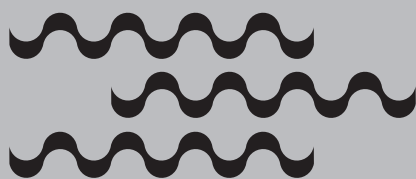
Tel: 55 21 3799-5445

E-mail: diretorio@fgv.br

**MELHORES TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIELA REIS PAIVA MONTEIRO  
JULIA MACEDO DE LAMARE  
VICTOR XAVIER GOMES CARNEIRO**

**INCLUI TAMBÉM OS MELHORES TRABALHOS  
REALIZADOS DURANTE A SEMANA JURÍDICA**



**Coleção Jovem Jurista**

2013





ISSN — 2179-0906

Obra licenciada em: Creative Commons

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo 190 13º andar — Botafogo

Rio de Janeiro — RJ

CEP: 22.250-900

e-mail: [diretorio@fgv.br](mailto:diretorio@fgv.br)

web site: [www.diretorio.fgv.br](http://www.diretorio.fgv.br)

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

*Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.*

Fechamento da 1ª edição em novembro de 2013.

COORDENAÇÃO: Felipe Dutra Asensi, Thaís Teixeira Mesquita e Rodrigo Vianna

DIAGRAMAÇÃO: Leandro Collares — Selênia Serviços

REVISÃO: Renata da Silva França

CAPA: Zabad

Ficha catalográfica elaborada pela  
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Coleção Jovem Jurista / Victor Xavier Gomes Carneiro... [et al.]. — Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV Direito Rio. — 2013.  
344p.

Conteúdo: Carneiro, Victor Xavier Gomes. Sanções ao Irã: como elas vêm impactando a sociedade civil iraniana?. — Monteiro, Gabriela Reis Paiva. O novo sistema de análise prévia dos atos de concentração e a questão do gun-jumping: traçando parâmetros para as empresas. — Lamare, Julia Macedo de. A proibição do retrocesso no direito ambiental: avanço para onde?. — Palhano, Ana Paula Marangoni... [et al.]. Sanções administrativas na telefonia móvel: um olhar analítico sobre as tentativas estatais de proteger o consumidor. — Oliveira, Amanda Martins Soares de... [et al.]. Lei de drogas: uma análise prática do controle difuso de constitucionalidade.

Inclui bibliografia.

ISSN: 2179-0906

1. Sanções (Direito). 2. Direitos humanos. 3. Concorrência. 4. Concentração industrial. 5. Direitos fundamentais. 6. Direito ambiental. 7. Sanções administrativas. 8. Defesa do consumidor — Legislação. 9. Controle da constitucionalidade. I. Carneiro, Victor Xavier Gomes. II. Monteiro, Gabriela Reis Paiva. III. Lamare, Julia Macedo de. IV. Palhano, Ana Paula Marangoni. V. Oliveira, Amanda Martins Soares de. VI. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

## Sumário

<b>Apresentação</b>	<b>7</b>
<b>Sanções ao Irã: Como elas vêm impactando a sociedade civil iraniana?</b>	<b>11</b>
<i>Victor Xavier Gomes Carneiro,</i> <i>orientado por Monique Sochaczewski Goldfeld</i>	
<b>O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e a Questão do Gun-Jumping: Traçando Parâmetros para as Empresas</b>	<b>89</b>
<i>Gabriela Reis Paiva Monteiro,</i> <i>orientada por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo</i>	
<b>A proibição do retrocesso no direito ambiental: avanço para onde?</b>	<b>137</b>
<i>Julia Macedo de Lamare,</i> <i>orientada por Diego Werneck Arguelhes</i>	
<b>Sanções administrativas na telefonia móvel: um olhar analítico sobre as tentativas estatais de proteger o consumidor</b>	<b>187</b>
<i>Ana Paula Marangoni Palhano, Eduardo José Siqueira Magalhães Filho,</i> <i>Gabriel Monteiro Dias Maciel, Giulia Machado Costa Marinho Contente,</i> <i>Marcella Martins Sardenberg e Ricardo Carrion Barbosa Alves,</i> <i>orientados por Celina Beatriz Mendes de Almeida Bottino</i>	

**Lei de drogas: uma análise prática do controle difuso de constitucionalidade** 233

*Amanda Martins Soares de Oliveira, Juliana Dantas Machado,  
Lahiz de Matos Longobardi, Luana Vieira Coelho Gumes,  
Luís Felipe Almeida dos Santos, Maria Fernanda Costa Pinto Cabral  
de Oliveira e Souza e Rafael Viana de Figueiredo Costa,  
orientados por Celina Beatriz Mendes de Almeida Bottino*

**Análise Econômica do Casamento e do Divórcio  
no Contexto da Emenda Constitucional nº 66/2010** 267

*Bianca Mitchell, Giovanna Abrantes, Giselle Sampaio,  
Philippe-Antoine Leclerc Langel, Manuela Thimoteo e Thamires Guerra,  
orientados por Paulo Augusto Franco*

**A Repercussão Geral e seus efeitos no TJRJ:  
impactos institucionais e sobre os processos** 287

*Ana Paula Marangoni Palhano, Eduardo José Siqueira Magalhães Filho,  
Gabriel Monteiro Dias Maciel, Giulia Machado Costa Marinho Contento,  
Marcella Martins Sardenberg e Ricardo Carrion Alves,  
orientados por Celina Beatriz Mendes de Almeida Bottino*

**O juiz e o direito: a judicialização da saúde na região metropolitana  
do Rio de Janeiro** 317

*Guilherme Nigri, Helena Stevanto Dobler,  
Hermínia Hortência Hermsdorff, Larissa Costa de Souza,  
Maísa Bernachi e Mariana Bento,  
orientados por Adriana Marques Aidar*

## Apresentação

A Coleção Jovem Jurista, editada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, tem o intuito de trazer, a cada ano, os trabalhos premiados por sua excelência e aspectos inovadores, produzidos pelos alunos da graduação em direito.

No curso de direito, desde o ingresso, os alunos são estimulados a empreenderem visões analíticas do mundo jurídico e da sociedade com “lentes” que não pertencem ao direito, como a análise econômica e das ciências sociais, e utilizando “instrumentos” como pesquisas empíricas. Objetiva-se impulsionar o corpo discente, desde o primeiro momento, à excelência no meio acadêmico.

O encorajamento à produção intelectual começa cedo, nas oficinas de pesquisa do 2º ano, e a partir do 4º ano se aprofunda em disciplinas específicas de ensino, com conteúdo teórico e instrumental visando à produção de trabalhos escritos de excelência. Nesse ponto, nosso curso possui um diferencial na medida em que buscamos antecipar a preocupação com os trabalhos de conclusão de curso para o sétimo semestre, em vez do nono. Dessa forma, ao repartir metodologicamente a elaboração do primeiro projeto acadêmico de fôlego dos alunos dos cursos de direito ao longo de diversos períodos, e concedendo um prazo razoável para sua elaboração, esperamos obter um padrão mais elevado de qualidade das produções intelectuais.

Este quarto volume da Coleção Jovem Jurista traz os trabalhos de conclusão de curso vencedores dos prêmios Alfredo Lamy Filho de Inovação e Miranda Rosa de Qualidade dentre os trabalhos apresentados no ano de 2012/2013. Apresenta, ainda, os trabalhos vencedores da semana jurídica nesse período.

O primeiro trabalho, vencedor do Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação, de autoria de Victor Xavier Gomes Carneiro, sob orientação da professora Monique Sochaczewski Goldfeld, do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), examina a amplitude dos efeitos das sanções econômicas impostas pelas potências da comunidade internacional

contra o Irã, tendo por foco analítico a própria sociedade civil iraniana. Por meio da análise de depoimentos e de notícias de periódicos são vistos os impactos da política de sanções e sua extensão. Por fim, Victor faz uma reflexão sobre os resultados alcançados pelas sanções e se eles superaram os custos sociais impostos à população iraniana.

Já o prêmio Miranda Rosa de qualidade foi marcado por uma disputa bastante acirrada. O trabalho vencedor, de autoria de Gabriela Reis Paiva Monteiro, orientada pelo professor Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, estudou novos parâmetros passíveis de serem aplicados por empresas que pretendem realizar atos de concentração, à luz do regime de análise prévia pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), introduzido pela Lei nº 12.529/11. Tratando-se de uma legislação nova no Brasil, o trabalho buscou identificar parâmetros, através da experiência americana e europeia e da análise de acordos de preservação da reversibilidade da operação, que pudessem auxiliar as empresas a conduzirem suas atividades no momento que antecede a aprovação da operação.

O terceiro trabalho publicado, que recebeu menção honrosa no Prêmio Miranda Rosa, de autoria de Julia Macedo De Lamare, sob orientação do professor Diego Werneck Arguelhes, buscou na análise econômica do direito fórmulas para responder os questionamentos em torno da vedação do retrocesso, conceito jurídico concebido na seara dos direitos fundamentais e que o trabalho aplica ao direito ambiental. Com efeito, o trabalho de Julia Macedo De Lamare identifica uma importante ferramenta para a operacionalização da vedação de retrocesso ambiental: uma análise de custo-benefício que deve ser feita, de um lado, pelo administrador e pelo legislador no momento de elaboração de políticas públicas e marcos regulatórios e, de outro, pelo julgador em eventual revisão da constitucionalidade da legislação na esfera ambiental.

Juntamente com os Trabalhos de Conclusão de Curso premiados, publicamos as pesquisas vencedoras das oficinas de 2º ano (para alunos dos 3º e 4º períodos da Escola). No ano de 2012, destacaram-se os seguintes trabalhos:

(1) Sanções administrativas na telefonia móvel: um olhar analítico sobre as tentativas estatais de proteger o consumidor, de autoria de Ana Paula Marangoni Palhano, Eduardo José Siqueira Magalhães Filho, Gabriel Monteiro Dias Maciel, Giulia Machado Costa Marinho Contente, Marcella Martins Sardenberg e Ricardo Carrion Barbosa Alves, também orientados por Celina Beatriz Mendes de Almeida Bottino. Essa pesquisa analisa o escopo das sanções administrativas impostas por órgãos que atuam na defesa do consumidor no âmbito das telecomunicações, a ANATEL e o PROCON, constatando-se que

tais medidas, no mais das vezes, mostram-se ineficazes, por falta de fiscalização e controle de sua aplicação.

(2) Lei de drogas: uma análise prática do controle difuso de constitucionalidade, elaborado pelos alunos Amanda Martins Soares de Oliveira, Juliana Dantas Machado, Lahiz de Matos Longobardi, Luana Vieira Coelho Gomes, Luís Felipe Almeida dos Santos, Maria Fernanda Costa Pinto Cabral de Oliveira e Souza, e Rafael Viana de Figueiredo Costa, sob orientação de Celina Beatriz Mendes de Almeida Bottino. Esse ensaio buscou interpretar o posicionamento jurisprudencial da primeira instância da justiça fluminense em face de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal, por meio de verificação empírica de decisões de juízes criminais do Rio de Janeiro em relação à aplicação de determinadas normas da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).

No ano de 2013, destacaram-se os seguintes trabalhos:

(1) Análise econômica do casamento e do divórcio no contexto da emenda constitucional nº66/2010, elaborado por Bianca Mitchell, Giovanna Abrantes, Giselle Sampaio, Philippe-Antoine Leclerc Langel, Manuela Thimoteo e Thamires Guerra, sob orientação de Paulo Augusto Franco. O estudo examinou o impacto da Emenda Constitucional nº 66/2010 nas taxas de divórcio e casamento no Brasil, utilizando a metodologia da análise econômica do direito e dados do IBGE, com a expectativa de que os índices de separação oficial aumentariam, com correspondente impacto da mulher no mercado de trabalho e na quantidade de filhos.

(2) A repercussão geral e seus efeitos no TJRJ: impactos institucionais e sobre os processos, de autoria dos duplamente premiados alunos Ana Paula Marangoni Palhano, Eduardo José Siqueira Magalhães Filho, Gabriel Monteiro Dias Maciel, Giulia Machado Costa Marinho Contente, Marcella Martins Sardenberg e Ricardo Carrion Barbosa Alves, orientados pela triplamente premiada Celina Beatriz Mendes de Almeida Bottino. Dessa vez o grupo de alunos debruçou-se sobre o impacto do instituto da Repercussão Geral, mecanismo jurídico introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O foco de estudo foi sobre as decisões dos magistrados da primeira instância no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de forma a compreender a amplitude da reforma institucional do Judiciário.

(3) O juiz e o direito: a judicialização da saúde na região metropolitana do Rio de Janeiro, trabalho elaborado pelos estudantes Guilherme Nigri, Helena Stevanato Dobler, Hermínia Hortência Hermsdorff, Larissa Costa de Souza, Máisa Bernachi e Mariana Bento, supervisionados por Adriana Marques Aidar. Essa pesquisa coletou dados de processos do primeiro grau da Justiça Estadual

do Rio de Janeiro, a fim de apurar como o direito à saúde é litigado na região metropolitana desse estado e constituir um perfil analítico dessas demandas. Foram examinados os dados de 1256 processos da região, constantes do site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre os anos de 2009 e 2011. Essa pesquisa deixa, como produto, um completo banco de dados a respeito desses litígios.

A FGV Direito Rio assume o compromisso de fomentar um modelo de ensino que sirva de estímulo a experiências de qualidade e inovação no horizonte jurídico. Os trabalhos dispostos nesta coleção refletem esse panorama, a partir de estudos voltados para problemas de importância jurídica para o país, região ou sociedade. Isto significa pensar o Direito com engajamento e postura crítica, voltando os olhos para a realidade. E os nossos alunos mostram-se imbuídos desse espírito. Esperamos, com esta iniciativa, continuar a incentivá-los na busca por uma formação humanística marcada pela capacidade de apreensão, reflexão e produção criativa do Direito.

Depois de dez anos da instalação da Escola, é possível afirmar que somos capazes de formar profissionais preparados para atender às reais necessidades e expectativas da sociedade brasileira em tempos de transformação social, política e econômica. Acredito que conseguimos estimular em nossos alunos a capacidade crítica e de argumentação através de experiências de renovação e da solução de problemas concretos, resultando em uma visão ampla das questões jurídicas mais importantes para nosso momento histórico e para nosso futuro como sociedade.

No entanto, a maior satisfação desse Coordenador não é a exaltação, por si só, do talento dos alunos, mas sim a certeza de que nossos alunos se reconhecem como atores de sua própria formação, rejeitando o formalismo estéril, o obscurantismo acadêmico e a corrupção dos espíritos e abraçando a reflexão crítica e em busca das melhores soluções para os problemas da comunidade social em que vivemos. Provam que a proposta da Escola de Direito do Rio de Janeiro começa a produzir frutos: formar uma geração de advogados e juristas capazes de transformar nossa realidade social, política e econômica.

Com a palavra, nossos estudantes.

Thiago Bottino  
*Coordenador da Graduação  
da FGV DIREITO RIO*

# Sanções ao Irã: Como elas vêm impactando a sociedade civil iraniana?

VICTOR XAVIER GOMES CARNEIRO

## Introdução

A Revolução Islâmica, ocorrida em 1979 no Irã, resultou na derrubada do Xá Reza Pahlavi, monarca aliado aos Estados Unidos da América (EUA). A partir de então, essas nações, antes parceiras, passaram a desenvolver uma complexa relação, marcada pela disputa de poder e influência na região do Oriente Médio e do Golfo Pérsico.

Durante os últimos trinta e quatro anos a relação entre os dois países foi marcada por tentativas de diálogo e imposição de sanções de natureza econômica por parte dos norte-americanos, bem como pelo resto da comunidade internacional. Desde que o presidente Barack Obama chegou ao poder, porém, as sanções se agravaram. A crise relacionada ao programa nuclear iraniano foi a grande responsável por esse endurecimento.

Apesar das sanções impostas pelos EUA, União Europeia e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSONU) terem como objetivo debilitar o programa nuclear iraniano e afetar aqueles que se encontram no poder, há quem defenda que as sanções estão na verdade afetando gravemente a sociedade civil iraniana, enquanto as elites pouco sentem as pressões econômicas.

A metodologia utilizada se baseou, inicialmente, na ampla leitura de artigos acadêmicos e de livros renomados sobre a história iraniana e suas questões políticas atuais (Abrahamian, 2008; Parsi, 2012), além de dissertações e teses indicadas por profissionais conhecedores da área. A bibliografia utilizada se mostrou consistente quando comparada com a que fora utilizada em outros trabalhos acadêmicos sobre tema correlato. Para a elaboração do histórico das relações entre Irã e EUA foram utilizados, além das fontes acima citadas, artigos jornalísticos de periódicos como BBC, New York Times, Washington Post, The Guardian, entre outros, reconhecendo-se a dificuldade de buscar a perspectiva iraniana sobre os fatos ocorridos e de se encontrar fontes confiáveis em meio à abundância de informações oferecidas pela internet.



Para a análise da tipologia utilizada no segundo capítulo foram utilizados grandes clássicos do direito internacional público (Mello, 2004; Shaw, 2003; Amaral Junior, 2008), além de outros artigos acadêmicos. Também foi realizada uma pesquisa legislativa para se identificar quais as normas são responsáveis por instituir as sanções.

Por fim, se pretendia buscar a perspectiva da sociedade iraniana sobre as sanções. Entretanto, deve ser reconhecida aqui a impossibilidade de realizar uma pesquisa *in loco*, razão pela qual foram utilizados depoimentos colhidos por organizações internacionais (*Sanctioned Life*) e artigos jornalísticos, de modo a se obter essa visão da própria sociedade que vem sendo afetada pelas sanções. Ao longo de todo o trabalho muitas das fontes utilizadas se apresentam em língua estrangeira, dessa forma, optou-se por realizar traduções livres, com vistas a facilitar a leitura.

A pergunta de pesquisa proposta então é a seguinte: como essas sanções estão afetando a sociedade civil iraniana? Esse questionamento é pertinente, uma vez que o objetivo das sanções é gerar perdas de natureza econômica a instituições e pessoas ligadas ao programa nuclear iraniano. E a hipótese que se levanta é a de que os efeitos dessas sanções são mais graves para a população iraniana do que para os verdadeiros alvos que se procurava afetar.

A escolha do tema se justifica, uma vez que, apesar das tentativas de contenção do programa nuclear iraniano, a crise ainda não foi solucionada. Mesmo com a imposição das sanções o governo iraniano continua desenvolvendo seu programa nuclear, sob o argumento de que este se destina apenas a fins pacíficos. Enquanto isso, a população sofre com a violação de direitos humanos, sem perspectiva de melhora do quadro atual, o que ressalta a importância de um trabalho que se preste a analisar o impacto das sanções na sociedade. A crise iraniana é um fator de grande instabilidade global, uma vez que há grandes interesses econômicos envolvidos, a região é responsável pela maior parte da produção mundial de petróleo e a possibilidade de um confronto militar não pode ser descartada.

Dessa forma, o trabalho que será aqui desenvolvido terá como tema as sanções impostas contra o Irã e seus efeitos na sociedade civil iraniana. Para tanto, se fará uma análise do histórico da relação entre os EUA e a República Islâmica desde a revolução de 1979, com enfoque especial ao período após 2009, marcado pela eleição do presidente norte-americano Barack Obama e pela reeleição do presidente iraniano Mahmoud Ahmadinejad. O segundo passo será analisar quais as sanções que ainda estão em vigor e quais os efeitos que elas deveriam produzir. Por fim, será feita uma análise dos impactos das sanções na sociedade civil.

## Capítulo I — As relações entre Irã e EUA pós-1979: entre a pressão e o diálogo

O intuito deste capítulo é apresentar de que forma se deu a relação entre os EUA e o Irã a partir da Revolução Islâmica de 1979 chegando aos nossos dias. Esta análise enfocará essencialmente o cenário político que culminou na imposição de sanções ao Irã, buscando compreender como se construiu esse contexto, no qual a principal forma de diálogo entre ambos são as sanções.

O capítulo será dividido em três partes. A primeira versará sobre o período que se estende desde 1979, quando ocorreu a Revolução Iraniana, até o final da administração Clinton (1993-2001). Já o segundo tratará sobre a virada que apresentou a relação entre os dois países com a eleição de George W. Bush (2001-2009) e de Mahmoud Ahmadinejad (2005-2013). Por fim, a terceira parte irá abordar o resultado da política de aproximação proposta pelo Presidente Barack Obama, eleito em 2008.

### 1.1 — 21 anos de relação e nenhuma solução

Em 1979 ocorreu no Irã a Revolução Islâmica, movimento social que derrubou o governo do Xá Reza Pahlevi (1941-1979), que recebia apoio norte-americano desde dezembro de 1941. Como resultado da revolução foi instalado um regime teocrático que passou a adotar um posicionamento hostil em relação aos EUA. O resultado dessa hostilidade se concretizou na invasão da embaixada norte-americana e na manutenção de cinquenta e dois cidadãos daquele país como reféns por um período de quatrocentos e quarenta e quatro dias (Abrahamian, 2008: p. 160-168).

Durante esta crise, o presidente Jimmy Carter (1977-1981) tentou diversas vezes solucionar o impasse se utilizando da via diplomática. Com o fracasso das negociações Carter decidiu optar por um resgate, que seria realizado pelas forças especiais de seu exército. A opção militar escolhida por Carter também não foi bem sucedida<sup>1</sup>.

Em resposta ao sequestro, o governo norte-americano passou a adotar em relação ao governo iraniano uma política de diálogo e pressão, conhecida como

1 A missão ocorreu entre 24 e 25 de abril de 1980. A equipe, composta por oito helicópteros de carga e de alguns aviões, levava suprimentos e soldados da força especial norte-americana. No início do percurso a operação encontrou problemas ao se deparar com uma extensa nuvem de areia logo ao cruzar a fronteira com o Irã. O resultado é que o número de helicópteros operantes acabou sendo inferior ao necessário para completar a missão. Por conta dos problemas havidos o comandante abortou a missão. Durante o retorno, duas aeronaves se chocaram, tendo ambas explodido, resultando na morte de oito soldados americanos. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/25/newsid\\_2503000/2503899.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/25/newsid_2503000/2503899.stm)> Acesso em: 23 julho 2013; CLAWSON, Patrick. U.S. Sanctions. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/carter-administration-0>>. Acesso em: 08 maio 2013.

*dual-track strategy* ou *carrots and sticks policy*. Esta política consistia em oferecer às lideranças em Teerã uma janela para o diálogo e, de maneira simultânea, impor mecanismos de pressão que levassem os iranianos a uma mudança de posicionamento<sup>2</sup>.

Com a impossibilidade de sucesso em um confronto militar direto, a política de duas vias (*dual-track*) se baseou em pressões econômicas, como a proibição de importação de petróleo iraniano, o congelamento de recursos do país islâmico que estavam em custódia de instituições norte-americanas<sup>3</sup>, embargos a viagens e a quase todas as formas de comércio com o Irã<sup>4</sup> (Takeye & Maloney, 2011). Deve-se lembrar de que as próprias restrições impostas dificultaram a resolução da crise. Uma vez que o presidente iraniano Albolhassan Bani Sadr desejava solucionar a crise por meio das negociações, mas era impedido pelas sanções impostas, pois, internamente ele iria aparecer como uma presidente fraco caso se submetesse às pressões norte-americanas e libertasse os reféns<sup>5</sup>.

Ao longo dos últimos trinta anos observou-se a repetição desta política por todos os presidentes norte-americanos. Um aspecto que pode ser percebido durante a crise de 1979 foi a dificuldade de se impor sanções multilaterais. Apesar de terem oferecido apoio ao longo do tempo, aliados dos EUA foram muito reticentes em não prejudicar seus interesses econômicos para punir o Irã. Durante a crise, Japão e Europa chegaram a adotar medidas sancionatórias tão brandas que nem chegaram a interromper as trocas com o governo iraniano. Não se deve esquecer, ainda, os vetos da Rússia a uma série de propostas de sanções no CSONU (Takeye & Maloney, 2011).

Após a libertação dos reféns, iniciou-se um processo gradual de relaxamento das sanções, tendo os EUA e o Irã assinado os *Algiers Accords*, acordo por meio do qual os EUA se comprometiam a não intervir direta, indireta, política ou militarmente nos assuntos internos da República Islâmica do Irã<sup>6</sup>.

O presidente Ronald Reagan (1981-1989), que substituiu Carter, de início continuou o processo de normalização das relações com o Irã após assumir o

2 SICK, Gary. **The Carter Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/carter-administration-0>>. Acesso em: 03 junho 2013.

3 CASWELL, Robert. **Economic Sanctions and the Iran Experience**. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/articles/35846/robert-caswell/economic-sanctions-and-the-iran-experience>> Acesso em: 23 julho 2013.

4 Por meio da Ordem Executiva 12.221 de 1980. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12211.html>>

5 REYNOLDS, David. **One World Divisible: A Global History since 1945**. WW Norton. New York. 2001.

6 "The United States pledges that it is and from now on will be the policy of the United States not to intervene, directly or indirectly, politically or militarily, in Iran's internal affairs." Disponível em: <[http://www.parstimes.com/history/algiers\\_accords.pdf](http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf)>. Acessos em: 04 março 2013 e 03 junho 2013.

poder. Foi em sua administração, porém, que se deu uma mudança no rumo da relação entre os dois países. Após bombardeio que ceifou a vida de 241 soldados americanos no Líbano, o Irã foi classificado como país financiador do terrorismo, por conta de suas relações com o grupo Hezbollah, que assumiu a autoria dos ataques<sup>7</sup>. A resposta norte-americana veio por meio de novas restrições, se opondo, por exemplo, à oferta de empréstimos ao Irã em bancos internacionais como o Banco Mundial<sup>8</sup>. Além dessas medidas, durante a guerra Irã-Iraque (1980-1988) a administração Reagan proibiu a venda para o Irã de produtos que pudessem ter aplicações militares, culminando com a proibição geral de importações iranianas<sup>9</sup>. Apesar do embargo à venda de armas, em 1986 se tornou pública a informação de que os EUA haviam comercializado secretamente armamentos com o Irã e que os ganhos acumulados com essa venda foram desviados para comprar armas para rebeldes na Nicarágua<sup>10</sup>.

Com a saída de Reagan em 1989, George H. W. Bush assumiu a presidência e lá permaneceu até 1993. Este foi um período de grandes mudanças na ordem mundial, devido ao fim da Guerra Fria, que permitiu a abertura para mudanças e negociações no cenário internacional. Entretanto, apesar desse cenário favorável, pouco se alterou na relação entre os EUA e o Irã nesse período. Durante os anos iniciais, a administração de George H. W. Bush se viu frente a uma nova grande crise internacional, decorrente da manutenção de cidadãos norte-americanos como reféns por membros do Hezbollah, grupo financiado

7 Em outubro de 1983 integrantes do Hezbollah sequestraram um caminhão e nele colocaram mais de cinco toneladas de explosivos. O caminhão tinha como destino as instalações militares americanas, localizadas no aeroporto internacional de Beirute. Ao passar pelas barreiras de segurança o caminhão se aproximou de um dos prédios e detonou os explosivos. A explosão resultou no desabamento do prédio e na morte de 241 soldados norte-americanos. Os soldados norte-americanos estavam no Líbano para tentar conter a guerra civil que ocorria entre o governo cristão e a oposição islâmica. Inicialmente os EUA adotaram uma postura neutra, mas após terem decidido apoiar diretamente a manutenção do governo libanês, juntamente com Israel, as forças americanas passaram a sofrer diversos ataques, tendo inclusive a embaixada americana sido bombardeada, em abril do mesmo ano, o que resultou na morte de 61 norte-americanos.

8 Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12613.html>>. Acesso em: 25 julho 2013.

9 CLAWSON, Patrick. **US Sanctions**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/sites/iranprimer.usip.org/files/U.S.%20Sanctions.pdf>> Acesso em: 04 março 2013.

10 O caso ficou conhecido como Irã-Contras. Foi um choque para os norte-americanos quando o então presidente Ronald Reagan anunciou a descoberta do caso. Nas semanas anteriores ao anúncio os jornais noticiavam que os EUA estavam envolvidos na venda de armamentos para o Irã e que os recursos oriundos dessas vendas foram utilizados para comprar no mercado paralelo armas para serem fornecidas ao grupo rebelde Contra da Nicarágua. O que mais chocou a opinião pública americana foi a revelação de que o presidente havia abandonado sua política de não negociar com terroristas. COATSWORTH, John H. **The Cold War in Central America, 1975-1991**, em LEFFLER, Melvyn P.; WESTAD, Odd Arne. **The Cambridge History of the Cold War v.III**. Cambridge University Press. Cambridge. 2010; Disponível em: <<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB210/>>. Acesso em: 09 maio 2013.

pelo governo iraniano. Apesar da desconfiança dos norte-americanos em relação a Teerã, o novo presidente, em seu discurso inaugural, se manifestou amistosamente, se mostrando aberto ao diálogo:

Ao mundo, também, nós oferecemos um novo engajamento e um novo voto: Nós continuaremos fortes para proteger a paz. A “mão estendida” é um punho relutante; mas uma vez feito, é forte e poderá ser usado com grande efeito. Há hoje americanos que estão presos contra sua vontade em países estrangeiros e americanos que estão desaparecidos. Assistência pode ser demonstrada aqui e será para sempre lembrada. Boa vontade gera boa vontade. Boa fé pode ser uma espiral que continua a mover-se sem fim<sup>11</sup>. (tradução livre)

Apesar da aparente vontade de cooperação, nada se modificou na relação entre os dois países: os EUA esperavam auxílio iraniano para a libertação dos reféns sob poder do Hezbollah e os iranianos esperavam que os EUA relaxassem as sanções impostas. Nenhuma das partes teve sua expectativa atendida.

A administração George H. W. Bush persistia em ver o Irã como uma ameaça aos seus interesses no Oriente Médio e à estabilidade da região, uma vez que o país insistia em exportar aos países vizinhos o seu modelo de revolução islâmica e muitas vezes se utilizava de grupos considerados terroristas para isso (Abrahamian, 2008: p.185). Por essa razão se deu a continuidade da política americana para o Golfo Pérsico, que seguia a mesma linha adotada pelo presidente Reagan, que buscava melhorar as relações com o Iraque, concorrente direto do Irã na região, de modo a conter a influência iraniana.

A parceria norte-americana fortaleceu o Iraque, permitindo que este expandisse seu poder sobre a região e culminando com a invasão do Kuwait, medida que desagradou os norte-americanos, que viram nessa ação a possibilidade de um único país controlar a segunda e terceira maiores fontes de petróleo do mundo. Este monopólio afrontava diretamente os interesses energéticos e geopolíticos dos norte-americanos<sup>12</sup>. Os EUA se viram obrigados a intervir e a acabar com essa guerra. A estratégia americana conseguiu enfraquecer os iraquianos e, nesse momento, houve verdadeira convergência de interesses entre os

11 “To the world, too, we offer new engagement and a renewed vow: We will stay strong to protect the peace. The “offered hand” is a reluctant fist; but once made, strong, and can be used with great effect. “There are today Americans who are held against their will in foreign lands, and Americans who are unaccounted for. Assistance can be shown here, and will be long remembered. Good will begets good will. Good faith can be a spiral that endlessly moves on.” Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16610>>. Acesso em: 07 março 2013.

12 HAASS, Richard N. *The George H. W. Bush Administration*. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/george-hw-bush-administration>>. Acesso em: 09 maio 2013.

iranianos e os norte-americanos. Apesar da oportunidade criada, a possibilidade de cooperação não fora aproveitada, o que resultou na manutenção da tensão entre EUA e Irã durante esse período<sup>13</sup>. A mobilização iraniana junto a grupos tidos como terroristas contrários às negociações de paz entre Israel e Palestina também foi outro fator determinante que minou a possibilidade de diálogo<sup>14</sup>.

Em 1993, quando Bill Clinton assumiu o poder, foi anunciado que sua política direcionada ao Irã iria fazer parte de uma ação mais ampla de contenção dupla, para limitar as ameaças iranianas e iraquianas na região<sup>15</sup>. A proposta buscava conter o Irã, por instalação de bases militares em Estados parceiros no Golfo Pérsico e da imposição de novas sanções para inibir a entrada de investimentos estrangeiros no país. Concomitantemente, seria buscado o diálogo diplomático, para tentar persuadir as lideranças iranianas a suspender o patrocínio a organizações como o Hezbollah e o Hamas, assim como desestimular o desenvolvimento da capacidade nuclear.

Em março de 1995, o Irã ainda constava na lista dos países financiadores do terrorismo, havendo um crescente medo na comunidade internacional de que este país estivesse buscando obter armas de destruição em massa. Esse temor levou os EUA a expandir consideravelmente as sanções impostas<sup>16</sup>, por intermédio da Ordem Executiva 12959<sup>17</sup>, que determinava a retirada de qualquer participação norte-americana no desenvolvimento da indústria petrolífera iraniana. Clinton visava a restringir a capacidade iraniana de “causar problemas” por meio de sanções econômicas e do isolamento diplomático<sup>18</sup>. O pró-

13 O conflito de interesses entre os dois países começou quando o governo americano optou por não apoiar o levante xiita no Iraque. O motivo que levou os americanos a não apoiarem essa tentativa de tomada do poder foi a participação iraniana. Os americanos temiam a influência que o Irã poderia ter nos seus vizinhos iraquianos. HAASS, Richard N. *The George H. W. Bush Administration*. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/george-hw-bush-administration>>. Acesso em: 07 março 2013.

14 O Irã possui ligações com grupos tidos como terroristas há anos. Como exemplo pode ser destacado o auxílio dado na fundação do grupo libanês Hezbollah em 1980. Também se percebe a participação iraniana nos grupos entendidos como terroristas na região da Palestina. Desde a criação, grupos como o Hamas e o PFLP-GC (*Popular Front for the Liberation of Palestine — General Command*) vêm recebendo apoio iraniano. Apesar da longa história de cooperação atualmente não se pode afirmar que o Irã continua prestando auxílio aos mesmos grupos terroristas. Devido ao apoio iraniano ao regime de Bashar Al-Assad houve suspensão das remessas de recursos ao Hamas, que é opositor do regime sírio. MAS-TERS, Jonathan. *Hamas*. Disponível em: <<http://www.cfr.org/israel/hamas/p8968>>; BRUNO, Greg. *State sponsors: Iran*. <<http://www.cfr.org/iran/state-sponsors-iran/p9362>>. Acesso em: 09 maio 2013.

15 RIEDEL, Bruce O.. *The Clinton Administration*. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/sites/iranprimer.usip.org/files/The%20Clinton%20Administration.pdf>>. Acesso em: 06 março 2013.

16 Disponível em : <[http://www.historycommons.org/context.jsp?item=us\\_plans\\_to\\_use\\_military\\_force\\_against\\_iran\\_501#us\\_plans\\_to\\_use\\_military\\_force\\_against\\_iran\\_50](http://www.historycommons.org/context.jsp?item=us_plans_to_use_military_force_against_iran_501#us_plans_to_use_military_force_against_iran_50)>. Acesso em: 16 março 2013.

17 Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/12959.pdf>>. Acesso em: 06 março 2013.

18 “merely to constrain Iran’s ability to make trouble in the Middle East through a rather modest series of measures — namely, economic sanctions and diplomatic isolation — in the hope of being able to devote

ximo passo foi impor um embargo geral sobre o comércio de produtos e sobre investimentos no Irã.

Em 1996 houve um ataque a uma instalação militar norte-americana, Khobar Towers, na Arábia Saudita, cuja autoria foi atribuída ao grupo saudita Hezbollah Al-Hejaz<sup>19</sup>. O Procurador-Geral norte-americano, John Ashcroft, em uma declaração logo após os ataques, afirmou haver relação direta entre integrantes do governo iraniano e o grupo terrorista responsável<sup>20</sup>. Em função disso, novas sanções foram impostas visando desarticular os *Islamic Revolutionary Guard Corps* (IRGC) e o serviço de Inteligência iraniano<sup>21</sup>. Nesse mesmo ano, o Congresso americano aprovou o *Iran and Lybia Sanctions Act* (ILSA), que visava compelir as companhias estrangeiras a não investir na indústria de óleo e gás.

A oportunidade para uma mudança na direção nas relações entre os dois países veio um ano depois. O recém-eleito, Presidente Mohammad Khatami, demonstrou publicamente seu desejo pela renovação da difícil relação que havia entre os dois países e a derrubada da “parede de desconfiança” que existia (Abrahamian, 2008: p. 186-188).

A administração Clinton percebeu a oportunidade que surgia e buscou aproveitá-la. A secretária de estado Madeleine Albright admitiu publicamente que os EUA participaram do golpe que derrubou o Primeiro Ministro Mohammed Mossadegh do poder e reconduziu ao poder o Xá Reza Pahlavi em 1953, reconhecendo que essa participação foi prejudicial ao desenvolvimento político do Irã<sup>22</sup>. Esta declaração foi interpretada como um pedido de desculpas pela

---

primary attention to the peace process”. <http://iransanctions.org/clinton-and-iran.php>. Acesso em: 04 março 2013.

19 Disponível em: <<http://www.globalsecurity.org/military/facility/khobar.htm>>. Acesso em: 06 março 2013.

20 “The indictment explains that elements of the Iranian government inspired, supported, and supervised members of the Saudi Hizballah. In particular, the indictment alleges that the charged defendants reported their surveillance activities to Iranian officials and were supported and directed in those activities by Iranian officials. This indictment does not name as defendants individual members of the Iranian government.” Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/2001/June/275ag.htm>>. Acesso em: 06 março 2013.

21 O Exército de Guardiões da Revolução, também conhecidos como os Islamic Revolutionary Guard Corps (IRGC), é um dos órgãos integrantes das forças militares iranianas. Criado após a Revolução de 1979 tem a função de proteger as fronteiras e manter a ordem interna, mas também tem sido possível observar sua atuação na prevenção de movimentos dissidentes ou militares. GREG, Bruno; Masters Jonathan; BAJORIA, Jayshree. Iran’s Revolutionary Guards. Disponível em: <<http://www.cfr.org/iran/irans-revolutionary-guards/p14324>>. Acesso em: 07 maio 2013.

22 “But that common ground has sometimes been shaken by other factors. In 1953 the United States played a significant role in orchestrating the overthrow of Iran’s popular Prime Minister, Mohammed Massadegh. The Eisenhower Administration believed its actions were justified for strategic reasons; but the coup was clearly a setback for Iran’s political development.” SANGER, David E. **US ending a few of the sanctions imposed on Iran**. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2000/03/18/world/us->



participação americana no golpe e um indicativo de que havia grande vontade política em Washington para estabelecer boas relações com o Irã. O presidente norte-americano, inclusive, buscou algumas vezes o reestabelecimento das relações diplomáticas, tendo as propostas sido recusadas, sob a justificativa de que um diálogo entre povos deveria ser estabelecido antes do diálogo oficial<sup>23</sup>.

Apesar de não ceder a todas as exigências iranianas, os EUA colaboraram por meio da flexibilização das sanções, reduzindo as restrições sobre as exportações (Abrahamian, 2008: p. 189). Posteriormente, os EUA admitiram importar alguns produtos iranianos como tapetes, frutas secas, pistache e caviar. Apesar do insucesso em restabelecer as relações diplomáticas, as relações Irã-EUA haviam melhorado significativamente após 1997, e a porta para estabelecer um diálogo estava aberta para a administração Bush.

## 1.2 — O Eixo do Mal

Durante a administração de George W. Bush (2001-2009), filho do ex-presidente George H. W. Bush, a relação entre os dois países iria ver seus dias de maior tensão. Após os atentados de 11 de setembro, o governo iraniano demonstrou sua solidariedade aos EUA e ofereceu cooperação na luta contra o terrorismo. Apesar disso, após o famoso discurso de George W. Bush, no qual enquadrava o Irã em uma categoria destinada às nações temerárias, o chamado Eixo do Mal, a relação entre os dois países iniciou um processo de deterioração que não conseguiu mais ser freado. Alguns casos de cooperação, entretanto, ocorreram como nas ocupações pelos EUA do Afeganistão e Iraque<sup>24</sup>.

Ao longo dos oito anos de mandato do presidente Bush foi possível observar que a política externa para o Irã foi permeada por contradições: às vezes, buscando o diálogo e a cooperação, e por outras vezes recorrendo ao enfrentamento direto. Este tipo de incongruência resultou por eliminar qualquer possi-

---

-ending-a-few-of-the-sanctions-imposed-on-iran.html?pagewanted=all&src=pm >. Acesso em: 09 maio 2013.

23 RIEDEL, Bruce O. **The Clinton Administration**. <<http://iranprimer.usip.org/sites/iranprimer.usip.org/files/The%20Clinton%20Administration.pdf>>. Acesso em: 06 março 2013.

24 Principalmente no caso afegão a cooperação entre os iranianos e os norte-americanos foi muito clara. Após os ataques terroristas de 11 de setembro o Irã se dedicou a auxiliar os EUA em suas missões no Afeganistão de combate ao terrorismo e ao tráfico de drogas. Ainda participou de um grupo de trabalho conhecido com seis-mais-dois, no qual em conjunto com Rússia, EUA e outros países tentavam estabelecer um plano para o futuro do afegão. Posteriormente na Conferência de Bonn ajudou as forças ocidentais em negociar com o governo afegão pós-talibã e ajudou a capturar e deportar centenas de integrantes da Al-Qaeda que se refugiaram em solo iraniano. Disponível em: <<http://www.cfr.org/iran/iran-future-afghanistan/p13578#p5>>; <[http://web.mit.edu/cis/editorspick\\_rubin08\\_audit.html](http://web.mit.edu/cis/editorspick_rubin08_audit.html)>. Acesso em: 09 maio 2013.



bilidade real de diálogo entre os dois países. Dentre as ações do Governo Bush que minaram a possibilidade de aproximação pode-se citar a instalação de uma rádio governamental norte-americana no Irã e o apoio declarado à ganhadora do Prêmio Nobel da Paz Shirin Ebadi<sup>25</sup>.

Do lado iraniano, foi possível perceber a mesma atitude: diversas vezes foi inicialmente buscado o diálogo e, posteriormente, o país seguiu um caminho contrário, que desafiava os interesses norte-americanos. Um exemplo nesse sentido foi o de inicialmente se colaborar com a ocupação americana no Afeganistão e em outro momento incitar a violência por meio dos movimentos xiitas no Iraque<sup>26</sup>.

Em 2001, após os atentados de 11 de setembro, o governo dos EUA estava empenhado em conseguir o apoio iraniano para invadir o Afeganistão, tendo Teerã prontamente se comprometido a colaborar. Apesar da inicial cooperação, diversos atritos levaram a uma piora das relações EUA-Irã. O discurso de cooperação sobre a questão afgã foi substituído por ameaças feitas contra o Irã para que deixasse de se envolver nos assuntos internos afgãos. Apesar dos desentendimentos, a administração Bush não estava disposta a entrar em conflito armado com os iranianos, preferindo usar de outros mecanismos de pressão como sanções econômicas e pressão diplomática.

Agindo sob essa diretriz, o governo Bush conseguiu criar normas para forçar os iranianos a serem mais colaborativos com os interesses da comunidade internacional, incluindo nessas normas ferramentas de pressões diplomáticas e econômicas, que seriam acionadas caso o Irã não cooperasse com as resoluções do CSONU. Dentre as ferramentas de pressão econômica, a administração Bush criou meios para tentar excluir o Irã do sistema financeiro internacional e de persuadir companhias internacionais a suspender suas relações econômicas com Teerã. Além disso, o governo norte-americano aumentou significativamente a sua presença militar na região, incentivando e facilitando a defesa de seus aliados.

Como já citado, em janeiro de 2002 George Bush fez um pronunciamento de grande repercussão, no qual incluiu o Irã como integrante do “Eixo do

---

25 Em 2003, Shirin Ebadi recebeu o Prêmio Nobel da Paz. Ela foi a primeira mulher muçumana e a primeira iraniana a receber o prêmio. O prêmio veio como um reconhecimento pelo esforço realizado na promoção da democracia e dos direitos humanos, com enfoque no direito das mulheres e das crianças no Irã e em outros lugares do mundo. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/2003/press.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2003/press.html)>; <<http://www.payvand.com/news/09/jan/1248.html>>. Acesso em: 11 março 2013.

26 HOWARD, Michael. **Hundreds dead' in Shiite uprising**. Disponível em: <<http://www.theage.com.au/articles/2004/08/07/1091732142108.html>>. Acesso em 25/05/2013; Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/3557446.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3557446.stm)>. Acesso em: 25 maio 2013.

mal” (Abrahamian, 2008: p. 192)<sup>27</sup>. O Irã, em conjunto com Iraque e Coreia do Norte, representaria uma ameaça à ordem mundial por buscar armas de destruição em massa. Esse discurso foi um choque para os iranianos, uma vez que as relações entre Teerã e Washington haviam melhorado substancialmente durante o final da administração Clinton<sup>28</sup>. Para a administração Bush significou o desperdício de uma boa oportunidade, considerando os planos norte-americanos para a região, com as guerras no Afeganistão e no Iraque. O Irã, sendo um país vizinho e parceiro comercial destes países, poderia utilizar sua influência para auxiliar os norte-americanos. Deve-se ressaltar que o Irã apoiava a campanha americana no Afeganistão, uma vez que ambos tinham como inimigo em comum os talibãs<sup>29</sup>.

Um marco na relação entre os dois países durante esse período foi a descoberta, em 2002, dos planos iranianos de construir novas usinas nucleares. O programa nuclear iraniano estava sendo mantido sob sigilo e foi denunciado por um grupo de dissidentes exilados<sup>30</sup>. A Agência Internacional de Energia Nuclear (AIEN) pressionou o Irã para ter acesso às instalações e para que suspendesse toda sua atividade de enriquecimento de urânio. Concomitantemente, o UE-3, grupo composto por Grã-Bretanha, Alemanha e França buscava estabelecer um diálogo diplomático com o Irã sobre a questão<sup>31</sup>.

Em junho de 2003 o presidente dos EUA fez um discurso no qual expressamente dizia que não iria tolerar que o Irã obtivesse armas nucleares (Abrahamian, 2008: p.195). Em outubro do mesmo ano, o UE-3 e o Irã divulgaram uma declaração dizendo que o Irã concordava em cooperar plenamente com a AIEN e que, por livre e espontânea vontade, decidiu suspender as atividades de

27 “Iran aggressively pursues these weapons and exports terror, while an unelected few repress the Iranian people’s hope for freedom.” “States like these, and their terrorist allies, constitute an axis of evil, arming to threaten the peace of the world. By seeking weapons of mass destruction, these regimes pose a grave and growing danger.” <<http://millercenter.org/president/speeches/detail/4540> 06/03/2013>;

28 “The speech came as a bolt from the blue since the state department and Iran had been working closely but quietly behind the scenes over Afghanistan — in overthrowing the Taliban and installing a new government in Kabul. The speech took the state department as much as Iran by surprise. A Western correspondent in Tehran reported: “Khatemi blames Bush’s axis of evil speech for plunging Iran into an extended crisis that has played into the hands of his conservative opponents and has frozen hopes of domestic reform.” Ibid., p. 192.

29 Ibid., p. 193; 1 07/03/2013; o Irã já quase entrara em guerra contra o regime talibã do Afeganistão. Com a invasão americana abriu-se uma oportunidade aos iranianos para melhorar as relações com os americanos e exterminar um inimigo de longa data. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle-east/5377914.stm>>; <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/tehran/axis/map.htm>>. Acesso em: 28 maio 2013.

30 Disponível em: <<http://www.iranwatch.org/privateviews/NCRI/perspex-ncri-topsecretprojects-081402.htm>>. Acesso em: 11 março 2013.

31 HADLEY, Stephen J. **The George W. Bush Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/george-w-bush-administration>>. Acesso em: 11 março 2013.

enriquecimento de urânio<sup>32</sup>. Os EUA decidiram, em março de 2005, retirar a objeção contra a participação iraniana na Organização Mundial do Comércio (OMC), em sinal de apoio à iniciativa diplomática da União Europeia (UE). Após esse acordo inicial entre Teerã e os principais países da UE, iniciou-se um lento processo de negociações a respeito de um acordo de longo prazo.

Após a invasão do Afeganistão e do Iraque, respectivamente em 2001 e 2003, fora enviada em maio de 2003 uma carta a Washington por intermédio do embaixador suíço em Teerã. Nesta, ficou demonstrado o interesse das lideranças iranianas em dialogar com os norte-americanos, tratando abertamente de alguns dos principais focos de controvérsias entre os dois países (Parsi, 2012: p.1-2). Os principais pontos abordados pela carta eram: oferecer um alívio às sanções impostas pelos EUA; a cooperação visando à estabilização do Iraque; a total transparência do programa nuclear iraniano, inclusive a ratificação do Protocolo Adicional; cooperação contra organizações terroristas, em especial os Mijahedin-e Khalq e a Al-Qaeda; aceitação iraniana da declaração “Land for Peace” da Liga Árabe sobre Israel e a Palestina; acesso iraniano à tecnologia nuclear pacífica, assim como à tecnologia química e biológica<sup>33</sup>.

A carta foi recebida com ceticismo pelas lideranças governamentais norte-americanas, mas foi compreendida como autêntica e legítima. Apesar disso, as lideranças ultraconservadoras do governo Bush, a saber, Dick Cheney e Donald Rumsfeld, logo se posicionaram contrariamente ao estabelecimento de um diálogo entre os EUA e o Irã (Parsi, 2012: p.1-2). A rejeição ficou famosa devido ao posicionamento de Cheney sobre a proposta quando este declarou que “nós não dialogamos com o mal”<sup>34</sup>.

Novamente mostrando ambiguidade em suas ações, em 2004, após a visita do chefe da AIEN, Mohammed el-Baradei aos EUA, o governo Bush propôs uma negociação direta entre Washington e Teerã para resolver as disputas relacionadas ao programa nuclear iraniano. A proposta foi recusada pelo Líder Supremo Aiatolá Khamenei, provavelmente em resposta à recusa americana da proposta iraniana feita no ano anterior<sup>35</sup>.

32 Disponível em: <[http://www.iaea.org/newscenter/focus/iaeairan/statement\\_iran21102003.shtml](http://www.iaea.org/newscenter/focus/iaeairan/statement_iran21102003.shtml)>. Acesso em: 11 março 2013.

33 Disponível em: <[http://www.armscontrol.org/factsheets/Iran\\_Nuclear\\_Proposals](http://www.armscontrol.org/factsheets/Iran_Nuclear_Proposals)>. Acesso em: 11 março 2013.

34 Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/6274147.stm>>. Acesso em: 11 março 2013.

35 TAIT, Robert. Revealed: how George W Bush offered to bring Iran back into the international fold. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/revealed-how-george-w-bush-offered-to-bring-iran-back-into-the-international-fold-7743532.html>>; MOUSAVIAN, Seyed Hossein; SHABANI, Mohammad Ali. How to Talk to Iran.<[http://www.nytimes.com/2013/01/04/opinion/how-to-talk-to-iran.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/01/04/opinion/how-to-talk-to-iran.html?_r=0)>. 11/04/2013. Acesso em: 11 março 2013;

Como as negociações não evoluíram, em 2005 foi aprovado o *Iran, North Korea and Syria Nonproliferation Act*,<sup>36</sup> por meio do qual os poderes do Presidente da República foram expandidos e os EUA passaram a atacar pessoas com supostas ligações com a Guarda Revolucionária iraniana. Além disso, foram aplicadas sanções a uma série de empresas internacionais, dentre elas empresas chinesas e russas, sob a alegação de estarem contribuindo com o programa nuclear iraniano.

Durante o ano de 2005, o UE-3, a AIEN e o Irã negociaram um acordo sobre o programa nuclear iraniano e outros assuntos relacionados à segurança internacional. Em agosto, após meses de negociações sem que se chegasse a um consenso, a UE apresentou os termos do que deveria ser o acordo de longo prazo entre as partes. Passados alguns dias, o Irã rejeitou a proposta europeia alegando que esta não reconhecia o direito iraniano ao enriquecimento de urânio. Dessa forma, a República Islâmica rompeu o acordo estabelecido em 2003 e reiniciou o enriquecimento de urânio, colocando fim às negociações. A Rússia tentou intervir após o rompimento do acordo apresentando uma nova proposta, mas esta foi rejeitada por Teerã.

Com a eleição do presidente ultraconservador Mahmoud Ahmadinejad em 2005, as sensíveis relações entre os EUA e o Irã passaram a se tornar ainda mais instáveis. A candidatura de Ahmadinejad recebeu amplo apoio da ala conservadora. O sucesso de Ahmadinejad nas eleições foi inesperado<sup>37</sup>, resultado de pleito marcado pela abstenção de eleitores, a maior desde a criação da República Islâmica em 1979. Curiosamente, durante a campanha eleitoral, o presidente eleito foi o único que defendeu uma maior aproximação com os EUA<sup>38</sup>.

Após assumir o poder, Ahmadinejad acusou os diplomatas iranianos que participaram das negociações com o UE-3 de traição e deu continuidade ao enriquecimento de urânio na planta de Natanz. Também no ano de 2005, o Governo Bush expediu medidas mais duras para pressionar os iranianos, como a Ordem Executiva 13382<sup>39</sup>, por meio da qual o presidente norte-americano e a Secretária de Estado estavam autorizados a congelar bens de pessoas ou com-

36 CLAWSON, Patrick. *US Sanctions*. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/sites/iranprimer.usip.org/files/U.S.%20Sanctions.pdf>>. Acesso em: 04/03/2013.

37 Ahmadinejad aparecia como um homem simples, do povo, o que podia ser comprovado pelas suas origens humildes, tendo sido eleito por conta de seu discurso populista e propostas para enfrentar as injustiças sociais e acabar com a corrupção.

38 Disponível em: <<http://www.biography.com/people/mahmoud-ahmadinejad-38656>>. Acesso em: 07 maio 2013.

39 Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/135435.pdf>>. Acesso em: 13 março 2013.

panhias sediadas nos EUA ou sob o controle norte-americano<sup>40</sup> que tivessem relações com o programa nuclear iraniano<sup>41</sup>.

Em 2005 Rússia e União Europeia tentaram, sem sucesso, novos acordos com o Irã. Em 2006 os EUA fizeram sua própria proposta. A Secretária de Estado Condoleezza Rice propôs um “pacote de incentivos”<sup>42</sup>, com vistas a que o Irã suspendesse o enriquecimento de urânio. Em resposta, os EUA estariam dispostos a reverter sua política e a dialogar com a República Islâmica. Novamente, a proposta foi rejeitada, sob a justificativa de que o programa nuclear iraniano se destinava a fins não militares. Mesmo com a recusa, os EUA se juntaram ao UE-3 para participar das negociações com o Irã. Com a entrada dos EUA nas tentativas de negociação, os outros membros permanentes do CSONU também se juntaram formando o P5+1, composto por EUA, Rússia, China, Grã-Bretanha, França mais a Alemanha. Nos meses que se seguiram, todas as vezes que as negociações pareciam progredir, o presidente iraniano fazia uma declaração que atrasava todo o processo<sup>43</sup>. Em protesto às atitudes de seu presidente o negociador iraniano renunciou no ano de 2007<sup>44</sup>.

Devido à recusa iraniana em avançar nas negociações quanto a seu programa nuclear ganhou força no cenário internacional o apoio necessário para uma intervenção do CSONU. Desse modo, em julho de 2006 foi aprovada a Resolução 1696, determinando a suspensão do enriquecimento de urânio. Além dessas, outras resoluções foram aprovadas impondo sanções ao governo iraniano. As Resoluções 1737 e 1747 permitiam a imposição de novas sanções caso o Irã se recusasse a suspender suas atividades de enriquecimento ou suspendesse a cooperação nuclear. As resoluções determinavam ainda a cooperação iraniana

---

40 “Executive Order 13382 of June 28, 2005, blocks the property of persons engaged in proliferation activities and their support networks. OFAC administers this blocking program, which initially applied to eight organizations in North Korea, Iran, and Syria. Treasury, together with the Department of State, is authorized to designate additional WMD proliferators and their supporters under the new authorities provided by this Executive Order”. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/wmd.pdf>>. Acesso em: 13 março 2013.

41 Lista das empresas afetadas disponível em <<http://www.state.gov/t/isn/c22080.htm>>. Acesso em: 13/03/2013.

42 “If Iran suspends its uranium enrichment which is an international demand not just an American one, then United States is prepared to reverse its policy and I will meet with my Iranian counterpart any time anywhere.” Disponível em: <<http://www.payvand.com/news/09/jan/1248.html>>. Acesso em: 11 março 2013.

43 “In the last two years, abusing the Security Council, the arrogant powers have repeatedly accused Iran and even made military threats and imposed illegal sanctions against it,” Disponível em: <<http://www.foxnews.com/story/0,2933,297935,00.html#ixzz2SoHn9I13>>. Acesso em: 09/05/2013.

44 Ali Larijani, o principal negociador iraniano sobre o programa nuclear, renunciou após discordar do presidente Mahmoud Ahmadinejad sobre como deveriam ser conduzidas as negociações com a comunidade internacional. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/7053963.stm>>. Acesso em: 09 maio 2013.

com os técnicos da AIEN e o congelamento dos recursos de diversas pessoas e organizações ligadas ao programa nuclear e de mísseis no Irã.

Concomitantemente ao processo de sanções no CSONU, os EUA buscaram impor suas próprias sanções, atacando o IRGC e os bancos estatais do Irã. Em setembro de 2006, instituições financeiras iranianas foram proibidas de acessar o sistema financeiro norte-americano. Para burlar essas medidas, as instituições eram obrigadas a acessar o sistema de forma indireta, por meio de outros bancos, tendo os EUA buscado impedir também essa forma de acesso<sup>45</sup>. O governo norte-americano ainda lançou uma campanha global para impedir que os principais bancos internacionais fizessem negócios com o Irã. O Departamento de Tesouro norte-americano convenceu os bancos de que as transações com o Irã traziam riscos às suas reputações, uma vez que os financiamentos poderiam ser usados para financiar atividades de proliferação nuclear, apoio ao terrorismo e lavagem de dinheiro. Mais de noventa bancos acataram a proposta norte-americana. A combinação entre as sanções levaram as principais companhias multinacionais a não fazer negócios com o governo iraniano<sup>46</sup>.

No ano seguinte o CSONU aprovou uma nova resolução expandindo as sanções impostas. Seguindo a mesma linha adotada pelas resoluções anteriores, a Resolução 1803 de 2008 ampliava o rol de pessoas e entidades afetadas, impunha restrições a viagens de pessoas sancionadas e baniu as exportações de bens de uso duplo (de uso civil e militar)<sup>47</sup>.

### 1.3 — É possível acreditar em mudança?

Durante a campanha presidencial norte-americana de 2008, o candidato Barack Obama surgia como uma alternativa à política tradicional. Com os slogans de mudança *Change we can believe in* (mudança em que podemos acreditar) e *Yes we can!* (Sim, nós podemos!) as propostas do candidato democrata se diferenciavam, apresentando um novo caminho para a saturada política (externa e interna) norte-americana. A crise econômica de 2008 e a hostilidade do mundo islâmico contra os norte-americanos mostravam como a política de Washington estava obsoleta.

45 KESSLER, Glenn. *US moves to isolate iranian banks*. Disponível em: < <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/09/08/AR2006090801454.html>>. Acesso em: 13 março 2013.

46 Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/george-w-bush-administration>>. Acesso em: 13 março 2013

47 Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sc9268.doc.htm>>. Acesso em: 13 março 2013.

Desde o início da campanha presidencial, o candidato Barack Obama defendia a necessidade de se estabelecer um diálogo com o Irã. Em seu discurso inaugural, deixou clara a necessidade de mudança na forma de aproximação ao mundo mulçumano de uma maneira geral e mandou uma mensagem às lideranças em Teerã de que estaria disposto a negociar, caso os líderes em Teerã também assim estivessem<sup>48</sup>. A mensagem de Obama foi bem recebida pelos parceiros europeus, que esperavam um novo governo, disposto a dialogar.

Após a eleição de Obama, Mahmoud Ahmadinejad enviou uma carta parabenizando o novo presidente pela vitória. Nunca antes na história recente um presidente iraniano havia tomado essa atitude. Os iranianos colocaram-se à disposição para dialogar com o novo presidente, mas havia em Teerã um grande ceticismo quanto à capacidade de Obama de modificar a política externa americana, uma vez que este se cercou de muitos conselheiros tidos como “linha dura”<sup>49</sup>. Os iranianos exigiam mudanças efetivas na aproximação norte-americana. Apenas um discurso mais ameno não serviria para estabelecer boas relações entre os dois países. Era necessário construir confiança entre ambos e isso deveria ser feito por meio de ações, não de discursos. Havia também o medo de que os EUA se aproximassem apenas para alcançar seus objetivos e, uma vez que a colaboração iraniana não fosse mais necessária, os norte-americanos voltassem à política de enfrentamento<sup>50</sup>. A lembrança do governo Bush gerava esse receio. A desconfiança mútua que havia entre os países tornaria o processo de negociação muito mais difícil.

A primeira medida da administração Obama foi rever a política em relação ao Irã, buscando as melhores opções para se engajar de forma diplomática. A nova política foi bem recebida por muitos dentro da administração, mas havia resistência de alguns membros do governo em deixar de lado o “objetivo de enriquecimento zero”, que preconizava que não seria aceita nenhuma forma de enriquecimento feita pelo Irã.

Dennis Ross<sup>51</sup>, um dos principais responsáveis por conduzir a revisão, era favorável a adotar uma opção híbrida, por ele próprio desenhada, a *dual tra-*

48 “To the Muslim world, we seek a new way forward, based on mutual interest and mutual respect.

To those leaders around the globe who seek to sow conflict or blame their society’s ills on the West, know that your people will judge you on what you can build, not what you destroy.”[...] “To those who cling to power through corruption and deceit and the silencing of dissent, know that you are on the wrong side of history, but that we will extend a hand if you are willing to unclench your fist.” Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/01/20/us/politics/20text-obama.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 13 março 2013.

49 PARSI, Trita. *A single roll of the dice*. Yale University Press. 2012.

50 Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2008-11-13/world/36926613\\_1\\_nuclear-program-international-concerns-supreme-religious-leader](http://articles.washingtonpost.com/2008-11-13/world/36926613_1_nuclear-program-international-concerns-supreme-religious-leader)>. Acesso em: 13 março 2013.

51 Em 23 de fevereiro de 2009, Dennis Ross foi apontado pelo Presidente Obama como Conselheiro Especial para a Secretaria de Estado para o Golfo e Sudoeste Asiático e era o principal homem dessa

*ck strategy*<sup>52</sup>. De acordo com Ross a pressão resultante das sanções deveria ser aumentada ao mesmo tempo em que seria buscado o diálogo com Irã, sem imposição de condições<sup>53</sup>. Por outro lado, Gary Samore, outro integrante da administração Obama, defendia uma aproximação mais ampla, por meio de conversas bilaterais sobre o programa nuclear iraniano e as relações gerais entre EUA-Irã, sem exigir que os iranianos suspendessem o enriquecimento de urânio.

O governo dos EUA analisou e considerou diversas opções sem se limitar a apenas uma delas. Dentre as propostas, podem ser citadas: aliviar as sanções sobre os investimentos no Irã; estabelecer diplomacia de baixa patente; reconhecer e auxiliar o uso civil da energia nuclear; abrir um canal direto de comunicação com o Líder Supremo; e retirar a proibição de contato direto de diplomatas americanos e iranianos (Parsi, 2012: p.46-47). De acordo com a opção híbrida de Ross, a administração fecharia o cerco com sanções mais duras. Entre os alvos estavam: a compra de gasolina pelo Irã, o setor bancário, além de outras sanções mais extremas, como cortar garantias de companhias europeias que transacionassem com o Irã. No entanto essas sanções só teriam eficácia se apoiadas pela comunidade internacional. Para tanto, a colaboração russa era essencial.

Por fim, Barack Obama adotou a opção de Dennis Ross. A estratégia escolhida consistiu em abordar o Irã sem estabelecer condições e simultaneamente conseguir o apoio para impor sanções, caso os iranianos não atendessem aos anseios norte-americanos<sup>54</sup>. Tal postura era consistente com a ideia de que a diplomacia só seria efetiva caso fosse acompanhada pela ameaça de medidas coercitivas. A não exigência de suspensão do enriquecimento de urânio pelos iranianos facilitaria a aceitação das negociações. O objetivo era construir confiança entre as partes. A aproximação e a linguagem de Washington haviam

---

administração para as políticas em relação ao Irã. Em 2010 foi transferido para trabalhar na Casa Branca, ocupando o cargo de Conselheiro Sênior no Conselho de Segurança Nacional. CALABRESI, Massimo; SCHERER, Michael. **Dennis Ross, Iran advisor, moves to White House**. Disponível em: <<http://www.time.com/time/politics/article/0,8599,1904788,00.html#ixzz2SdmuSZM4>>; <<http://www.state.gov/t/pa/prs/ps/2009/02/119495.htm>>. Acesso em: 07 maio 2013. Disponível em: <http://www.irantracker.org/analysis/amb-dennis-ross-spring-2009-mideast-trip-background>. Acesso em: 13 março 2013.

52 A *Dual track strategy*, apesar de ter ficado famosa por conta da política desenhada por Dennis Ross, tem sido observada desde 1979 em todos os governos norte-americanos que seguiram a Revolução Islâmica.

53 “The hybrid option is designed to concentrate the minds of Iranian leaders on what they stand to lose without humiliating them.” PARSI, Trita. **A single roll of the dice**. Yale University Press. 2012; SHORR, David. **Diplomacy, Iran, and the bomb**. Disponível em: <<http://www.thebulletin.org/diplomacy-iran-and-the-bomb>> 13 março 2013;< <http://www.cnas.org/node/782>>. Acesso em: 14 março 2013.

54 SANGER, David E. **US may drop condition for talks with Iran**. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/04/14/world/middleeast/14diplom.html>>. Acesso em: 13 março 2013.



mudado drasticamente. Quanto à estratégia diplomática, o foco seria tratar da questão nuclear. Apesar disso, os primeiros contatos se deram no contexto de reconstrução do Afeganistão.

Havia uma notável divisão interna nos altos escalões do governo norte-americano em relação à opção escolhida por Barack Obama. Os mais radicais defendiam que não se deveria negociar com os iranianos e que a tentativa diplomática serviria para dar ao Irã mais tempo para adquirir armas nucleares. Por outro lado, o estabelecimento de metas temporais, ameaças de sanções, condições e a ameaça de uso da força poderiam colocar sobre as negociações pressões insuportáveis que, por fim, resultariam no fracasso do projeto. A própria secretária de Estado, Hilary Clinton, não acreditava no sucesso das negociações com o Irã. Para ela, o principal objetivo dessa política seria estabelecer o palco político para aprovar as sanções necessárias para pressionar os iranianos<sup>55</sup>.

Apesar das dúvidas, o presidente Barack Obama tentou mostrar que, dessa vez, os EUA estavam comprometidos a alcançar um diálogo construtivo. Dessa forma, em 20 de março de 2009, no ano novo iraniano, o *Noruz*, o presidente enviou um vídeo ao Youtube com legendas em persa<sup>56</sup>, no qual parabenizava o povo iraniano e deixava claro o comprometimento norte-americano em resolver as diferenças entre as duas nações, afirmando que a relação entre ambos não poderia ser construída por meio de ameaças<sup>57</sup>. Ao colocar o vídeo na internet, o governo norte-americano garantiu que este alcançasse a população iraniana sem a interferência do governo local. A resposta do Líder Supremo iraniano foi clara ao dizer que apenas uma mudança no tom da conversa não seria suficiente para amenizar as diferenças entre os dois países. Por outro lado, o presidente Mahmoud Ahmadinejad se mostrou mais receptivo, se dizendo aberto às conversas honestas entre os dois países<sup>58</sup>.

Apesar dessa receptividade, as eleições iranianas de 2009 iriam aumentar ainda mais a dificuldade de sucesso das negociações. O atual Presidente Mahmoud Ahmadinejad, apoiado pelo líder supremo Aiatolá Khamenei, buscava a reeleição. Contra ele concorria principalmente o candidato Mir-Hossein

55 EL-SHEIKH, Sharm. **Clinton doubts Iran will respond to overtures**. Reuters. Disponível em: <<http://uk.reuters.com/article/2009/03/02/us-iran-usa-clinton-idUKTRE5212ZG20090302>>. Acesso em: 14 março 2013.

56 SLAVIN, Barbara. **Obama sends Iran new year's greeting**. Washington Times. Disponível em: <<http://www.washingtontimes.com/news/2009/mar/20/obama-sends-new-year-greeting-to-tehran/>>. Acesso em: 14 março 2013.

57 BLACK, Ian. **Barack Obama offers Iran "new beginning" with video message**. Guardian. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/20/barack-obama-video-iran>>. Acesso em: 14 março 2013.

58 Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/id/30105175/#.UUHTxeGe5SQ>>. Acesso em: 13 março 2013.

Mousavi. Nos dias que antecederam a eleição houve uma grande mobilização popular e um crescente apoio ao candidato de oposição. Esse movimento foi ganhando força, mas uma controversa apuração dos votos contrariou as expectativas. O presidente Ahmadinejad conseguira se reeleger. Devido às dúvidas envolvendo o processo eleitoral e ao grande descontentamento da população com o atual presidente, o movimento popular que se iniciara antes das eleições ganhou força e ficou conhecido como o “Movimento Verde” ou “Onda Verde”. O objetivo do movimento era realizar grandes manifestações pacíficas exigindo seus direitos políticos que foram usurpados, uma vez que a população não reconhecia o resultado “oficial” da eleição. As manifestações não agradaram as lideranças iranianas que reprimiram o movimento com extrema violência.

Em função da dura repressão do governo iraniano, grupos defensores dos direitos humanos chamavam a atenção para as violações perpetradas. O governo norte-americano foi chamado a condenar as ações do regime e auxiliar o movimento reprimido, mas essa ação poderia prejudicar o processo de negociação em andamento com o Irã sobre o programa nuclear. Em 23 de junho de 2009 os EUA e a UE condenaram as ações perpetradas, mas o fizeram de forma branda deixando de se posicionar de maneira assertiva quanto aos direitos humanos para não perder a oportunidade de um acordo quanto à questão nuclear (Parsi, 2012). Essa atitude afetou a linha direta de comunicação que havia sido estabelecida entre os EUA e o Líder Supremo.

Apesar da crise no Irã ter reduzido o tempo para negociações e a margem de manobra da administração Obama, era necessário acelerar o processo diplomático de modo a evitar que todo o esforço tivesse sido em vão. Internamente, o Congresso norte-americano já estava decidido a aprovar as sanções e somente o sucesso das negociações poderia detê-lo<sup>59</sup>. A administração Obama estava determinada a impedir o crescimento do estoque de urânio enriquecido do Irã, mas sabia que exigir que os iranianos suspendessem o enriquecimento não seria possível, se mostrando necessário começar com pequenas medidas para construir confiança na relação entre ambos.

Surgiu, então, a ideia de retirar o urânio enriquecido (*low-enriched uranium*, LEU) do Irã. A oportunidade surgiu quando os iranianos requisitaram a AIEN combustível para seu reator nuclear medicinal, o Reator de Pesquisa de Teerã (*Teerā Research Reactor* ou TRR). A ideia era propor uma troca: o Irã en-

59 Conforme bem exposto por Trita Parsi o Congresso norte-americano vinha sofrendo fortes pressões internas para tomar uma posicionamento mais assertivo quanto à questão iraniana. O lobby judaico, protagonizado pelo American Israel Public Affairs Committee (AIPAC) teve papel decisivo em encurtar o tempo para o sucesso das negociações e em aumentar o custo político do Presidente Barack Obama em recorrer à solução diplomática. PARSI, Trita. *A single roll of the dice*. Yale University Press. 2012.

viaria o LEU a um país fornecedor, preferivelmente a Rússia, que o enriqueceria até 19,75% e o transformaria em placas de combustível. O processo poderia ser feito em até doze meses e traria benefícios a ambas as partes. Os iranianos conseguiriam o combustível necessário para alimentar seu reator dentro do tempo e com a saída do LEU do Irã os EUA ganhariam tempo para poder negociar mais seriamente com os iranianos, além de acalmar as pressões internas e os ânimos israelenses. Para o Irã, a proposta seria ainda mais benéfica, uma vez que representaria um reconhecimento tácito do seu direito de enriquecer urânio, uma longa briga iraniana com a comunidade internacional.

No entanto, em setembro de 2009, foi revelada a existência de uma segunda planta nuclear na cidade de Qom<sup>60</sup>. A planta fora mantida em segredo pelo governo iraniano e sua descoberta não foi vista com bons olhos pelo Ocidente<sup>61</sup>. O presidente Obama fez um discurso no qual questionou as intenções do programa nuclear iraniano, mas fez questão de ressaltar que a porta para negociações continuava aberta (Parsi, 2012: p.125).

Pouco tempo antes das negociações se iniciarem em Genebra, os EUA tomaram uma atitude positiva ao convocar o Ministro de Relações Exteriores do Irã, Manouchehr Mottaki, para visitar a representação consular iraniana<sup>62</sup> em Washington, uma pequena atitude para construir confiança entre os dois países. No Irã a notícia foi percebida como uma indicação da sinceridade na diplomacia norte-americana em relação ao Irã<sup>63</sup>.

A proposta da troca funcionaria da seguinte forma: o Irã, para receber 120 kg de combustível para o Reator Nuclear de Teerã, deveria enviar 1,200kg de LEU (urânio de baixo enriquecimento). Na época da proposta, 1,200 kg de LEU correspondiam a cerca de 80% do estoque de urânio possuído pelo Irã. No início das negociações, em outubro, os iranianos demonstraram estar, em princípio, de acordo com a proposta (Parsi, 2012: p,129). Desse modo, o Irã iria enviar de uma só vez todos os 1,200kg antes do fim do ano de 2009. O LEU seria enriquecido

60 DE YOUNG, Karen. SHEAR, Michael D. *Allies Say Iran Has Secret Nuclear Facility*. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2009-09-26/world/36784470\\_1\\_secret-nuclear-facility-qom-facility-enrichment](http://articles.washingtonpost.com/2009-09-26/world/36784470_1_secret-nuclear-facility-qom-facility-enrichment)>. Acesso em: 14 março 2013.

61 SANGER, David. E. BROAD, William J. *U.S. and Allies warn Iran over nuclear "deception"*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/09/26/world/middleeast/26nuke.html?partner=rss&emc=rss&r=0>>. Acesso em: 14 março 2013.

62 *Interest Section of the Islamic Republic of Iran* (Seção de Interesses da República Islâmica do Irã). Este estabelecimento se encontra dentro da Embaixada do Paquistão em Washington. É o departamento responsável por prestar os serviços consulares do Irã nos EUA. Disponível em: <<http://www.daftar.org/Eng/default.asp?lang=eng>>. Acesso em: 09 maio 2013.

63 LANDLER, Mark; ERLANGER, Steven. *As US plots Iran Strategy, Envoy's Visit Hints at a Thaw*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/10/01/world/middleeast/01nuke.html>>. Acesso em: 14 março 2013.

a 19,75%, produzindo 120 kg de combustível, o processo seria realizado pelos franceses que entregariam o combustível dentro de um ano.

As conversas iniciais foram um sucesso e outra reunião fora marcada para o final do mês de outubro. Entretanto, quando oficiais da UE se encontraram com os iranianos para marcar o local e data das próximas negociações, os iranianos foram evasivos. Em 19 de outubro as negociações se reiniciaram em Viena sob a chancela da AIEN e com o decorrer delas, os iranianos passaram a se mostrar reticentes em relação ao acordo. Para conseguir a cooperação iraniana, o P5+1 propôs medidas para atender aos receios iranianos. Dentre essas medidas, pode-se destacar uma declaração apoiada por todos os países envolvidos de que o combustível seria entregue, a oferta de financiamento para o transporte do LEU e a possibilidade de colocar o LEU sob guarda da AIEN em um terceiro país até a entrega do combustível<sup>64</sup>. Conforme se aproximava a conclusão das negociações, as tensões se mostravam elevadas e as forças ocidentais demonstravam que a recusa do acordo resultaria em uma nova rodada de sanções no CSONU. Ao fim, foi acordado que uma resposta definitiva seria entregue no dia 23 de outubro.

Após o fim das negociações, o Irã requisitou mais tempo para analisar a proposta. Os iranianos tardaram a oferecer a AIEN uma resposta definitiva sobre o acordo. Vozes políticas dentro do Irã se opunham ao acordo e começaram a fazer diversas exigências<sup>65</sup>.

A derrocada das negociações foi um fator de grande decepção para os envolvidos. Havia uma crescente pressão nos países do P5+1 em direção às sanções. A administração Obama passou a convocar reuniões com representantes de países que se mostravam dispostos a implementar sanções contra o Irã. No final de novembro Obama já estava decidido a recorrer às sanções. Uma vez que esta via foi escolhida, ela passava a se tornar a única via disponível.

O objetivo norte-americano era impor sanções utilizando o CSONU. O tipo de sanção escolhido pela administração foi o de sanções específicas ao invés de sanções genéricas, de modo a evitar prejuízos à população iraniana<sup>66</sup>. Essa era

64 Disponível em: <[http://www.armscontrol.org/factsheets/Iran\\_Nuclear\\_Proposals](http://www.armscontrol.org/factsheets/Iran_Nuclear_Proposals)>. Acesso em: 15/03/2013.

65 O presidente iraniano Mahmoud Ahmadinejad enfrentou grande criticismo interno por parte dos integrantes do Movimento Verde e de outras forças de oposição, que se manifestaram contrariamente à influência internacional em assuntos internos iranianos, como o desenvolvimento de tecnologia nuclear. Esse posicionamento parecia servir mais para fins de oposição interna. Foi uma forma encontrada pela oposição tentar retirar a legitimidade do governo de Ahmadinejad. LIMBERT, John. **The Obama Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/obama-administration>>. Acesso em: 09 maio 2013.

66 As sanções específicas (*targeted sanctions*) buscam afetar apenas determinados setores ou indivíduos que são responsáveis pela as ações que as sanções visam combater. Por terem alvos específicos, elas visam a preservar a população em geral, tentando poupá-la de sofrimentos e restrições desnecessários. Esse tipo

também a preocupação de alguns estados europeus. Os chineses se mostraram os maiores opositores dessa opção. Enquanto os estados do P5+1 não alcançavam um acordo, os iranianos começaram de maneira autônoma a enriquecer seu urânio a 19,75%. Esse movimento dos iranianos serviu para impulsionar as conversas sobre as sanções. Apesar dos esforços, as negociações sobre a implementação das sanções foi mais lenta do que o esperado. Desse modo, em abril ainda não se havia alcançado nenhuma resolução.

Ao contrário dos outros aliados norte-americanos, Brasil e Turquia pressionavam o governo Obama para estabelecer uma diplomacia mais robusta com os iranianos. Os dois países tinham um posicionamento muito peculiar no cenário internacional, sendo ambos países emergentes, que adotavam, à época, uma política externa de afirmação no cenário internacional (Parsi, 2012: p. 173-174).

O Brasil, durante o governo de George W. Bush foi um dos principais defensores do direito iraniano de buscar energia nuclear para fins civis. Esse posicionamento foi um dos motivos que levaram ao afastamento entre Brasil e EUA. É possível identificar três grandes fatores que explicam a postura brasileira em defender o Irã nessa disputa internacional. O primeiro fator é que as sanções podem ser utilizadas como um prelúdio para a intervenção armada, como ocorreu no caso iraquiano. O segundo ponto se traduz pela crença de que as sanções só irão endurecer a postura iraniana. O Brasil estava familiarizado com a postura iraniana, uma vez que durante a década de 1970 também estabeleceu atividades nucleares secretas, tendo com sucesso desenvolvido a capacidade de enriquecimento de urânio. Foi necessário quase uma década para que o Brasil assinasse o Tratado de Não Proliferação. Observa-se, portanto, que o Brasil vê o Irã em situação muito semelhante à situação por ele vivida no passado<sup>67</sup>. Por fim, a questão nuclear iraniana faz parte de um argumento mais amplo usado pelo Brasil para buscar uma modificação no sistema de não proliferação (Spektor, 2010).

Além disso, o Brasil buscava afirmar a sua capacidade de participar do cenário político internacional e com isso aumentar as suas chances de conseguir um assento permanente no CSONU. No final de 2009 o Brasil começou a

---

de sanção se opõe as sanções gerais (*comprehensive sanctions*) que visam a afetar a toda a economia do país de maneira indiscriminada. Devido a sua natureza geral e ampla os afetados pelas sanções não se restringem àqueles que são responsáveis pelas ações enfrentadas pelas sanções, muitas vezes causando sofrimentos desnecessários à população. Em MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2004. p. 679, e, SHAW, Malcolm M. **Direito Internacional**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2003.p. 927.

67 Parsi ainda argumenta que o Brasil acredita que, caso fosse autorizado internacionalmente um aumento da ingerência da AIEN no programa iraniano, isso significaria um precedente que poderia ser usado contra o mesmo no futuro (Parsi, 2012: p.174).

aumentar significativamente suas atividades diplomáticas com o Irã, enquanto, paralelamente, as negociações entre Irã, EUA, e os outros países do UE 3 + 3 ainda estavam ocorrendo (Parsi, 2012: p. 176-177).

Para a Turquia, o cenário era bem diferente. Após as vitórias eleitorais do Partido Justiça e Liberdade (conhecido por suas iniciais em turco, AKP), do Primeiro Ministro Recep Tayyip Erdoğan, as relações turcas com seus países vizinhos havia melhorado substancialmente. A Turquia frequentemente se colocava como mediadora de conflitos na região. Era necessário para as aspirações turcas que a região se mantivesse estável. Uma guerra contra o Irã seria o pior cenário possível para os turcos, mostrando-se importante que a solução diplomática tivesse sucesso. Erdogan já havia inclusive se voluntariado para mediar as negociações com o Irã sobre seu programa nuclear (Parsi, 2012: p. 176-177).

Inicialmente, os turcos e os brasileiros não estavam coordenando seus esforços, mas no início de 2010 ficou claro que havia convergência de interesses. Curiosamente os dois também ocupavam cadeiras de membros não permanentes do CSONU. Desse modo, após Celso Amorim, Ministro das Relações Exteriores do Brasil na época, visitar a Turquia, os dois países começaram um intenso diálogo sobre a questão iraniana (Parsi, 2012: p. 182).

No final de 2009 o governo de Barack Obama já estava comprometido interna e internacionalmente a adotar novas sanções contra o Irã, tendo buscado apoio internacional para conseguir impor sanções multilaterais por meio de uma resolução do CSONU. Apesar desses esforços, a administração Obama demonstrava apoiar a iniciativa turca e brasileira de alcançar uma solução diplomática (Parsi, 2012: p. 181). Apesar do apoio, as potências ocidentais achavam pouco provável o sucesso das tratativas.

As negociações entre Brasil, Turquia e Irã ocorreram ao longo do primeiro semestre de 2010. Em maio um acordo foi alcançado e os três países assinaram a chamada Declaração de Teerã, na qual o Irã se comprometia a enviar a um terceiro país seu estoque de urânio enriquecido e receber em troca o combustível necessário para operar o TRR. O sucesso turco-brasileiro surpreendeu o mundo. O acordo foi cancelado pelo ex-diretor da AIEN Mohammad El-Baradei e vários países demonstraram seu apoio ao resultado obtido (Parsi, 2012: p. 192).

Apesar dos tardios esforços de Brasil e Turquia, em junho do mesmo ano, Rússia, EUA e França rejeitaram o acordo, alegando que este não abordava a produção de urânio enriquecido a 19,75% e nem o crescimento do estoque de LEU pelo Irã. No dia 9 de junho, o CSONU adotou a resolução 1929<sup>68</sup>. Com doze votos a favor, dois contra (de Brasil e Turquia) e uma abstenção. Foi

68 Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2010/sc9948.doc.htm>>. Acesso em: 18 março 2013.

a sanção mais fraca imposta pelo CSONU, no sentido de ter obtido o menor apoio internacional.

Após a derrocada das negociações, a política de duas vias assumiu a sua face dura, com a implementação das sanções de 2010. O Congresso norte-americano aprovou o *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act* (CISADA), que tem como foco a proposta de afetar o comércio de petróleo iraniano. Por essa razão, os EUA implementaram medidas extraterritoriais para afetar companhias não americanas de modo que estas parem de vender petróleo refinado ao Irã. Também permite que os EUA excluam do sistema financeiro norte-americano companhias que estejam realizando comércio com o Irã, vedando o acesso dessas companhias a seus bancos. Isso causaria uma escassez de combustível no Irã, uma vez que este país é altamente dependente das importações, devido a seu déficit de capacidade de refinar petróleo, levando consequentemente a um aumento de preço da gasolina. Diferentemente de outras medidas, dessa vez, diversas companhias internacionais estão aderindo ao CISADA.

Apesar do esforço norte-americano de retardar o programa nuclear iraniano, em 2011, Teerã anunciou planos de triplicar seu estoque de urânio altamente enriquecido<sup>69</sup>. Enquanto isso continuou a rejeitar assistência europeia, russa ou asiática. Em resposta, foram emitidas novas Ordens Executivas, impondo mais sanções. Apesar das medidas americanas visarem afetar apenas as lideranças iranianas, os efeitos das sanções têm sido amplos.

Em 2011, o Ministro das Relações Exteriores da Rússia, Sergei Lavrov, tentou uma nova maneira de implementar o acordo proposto pelo P5+1. Ele sugeriu que o acordo se baseasse em um processo gradual. A proposta seria realizada em cinco etapas. Apesar de não ter havido uma oposição pública à proposta de Moscou, alguns países do P5+1 não se mostraram muito favoráveis. Os iranianos publicamente se mostraram favoráveis à iniciativa, mas não se comprometeram a adotá-la.

Em abril de 2012 os países do P5+1 e o Irã buscaram novamente se engajar nas negociações diplomáticas em Istambul. Novos encontros foram realizados nos meses subsequentes: maio em Bagdá e junho em Moscou. A tentativa se baseava na proposta russa de um processo passo a passo de ações recíprocas. Apesar das negociações, não se chegou a um consenso sobre um acordo entre os envolvidos. Nesse mesmo ano, os EUA voltaram a ampliar o espectro das sanções com as Ordens Executivas 13628 e 13622.

Em fevereiro de 2013, os EUA impuseram novas sanções contra a República Islâmica do Irã, com o objetivo de restringir a entrada de receita oriunda da

---

69 Disponível em: <<http://iransanctions.org/us-iran-relations.php>>. Acesso em: 04 março 2013.

venda do petróleo. Os EUA também almejavam afetar órgãos responsáveis por violações de direitos humanos<sup>70</sup>.

A implementação das sanções não é uma política unanimemente aceita, havendo diversas críticas relacionadas à eficácia das restrições, ou seja, sobre o poder delas de dissuadir as lideranças de Teerã e sobre seus efeitos sobre a população iraniana. Entre os principais objetivos das sanções podem ser destacados: a tomada de posicionamento contra as violações de direitos humanos que ocorrem no Irã; gerar incentivos negativos para outros países que desejarem seguir o mesmo caminho escolhido pelo governo iraniano para alcançar tecnologia nuclear; demonstrar o descontentamento internacional; atrasar e prejudicar o programa nuclear iraniano; ajudar a oposição democrática; destruir a economia que sustenta o governo; usar as sanções como moeda de negociações; e persuadir o Irã a suspender seu enriquecimento de urânio.

#### 1.4 — Observações finais ao capítulo

Conforme foi possível observar ao longo deste capítulo, a política externa norte-americana para o Irã, desde a Revolução Islâmica de 1979, tem se apresentado de duas formas. Por um lado, por meio de negociações diplomáticas, em que se utilizava o discurso de cooperação e diálogo. Por outro, a via coercitiva, que buscava forçar o Irã a uma mudança de posicionamento em função das ameaças realizadas pelos norte-americanos. A opção do diálogo nesses anos nunca conseguiu sobrepor-se às pressões de natureza econômica e militar, sendo certo que essa forma de realizar política externa com base em medidas coercitivas não tem se mostrado efetiva para gerar no governo iraniano a mudança de posição desejada.

As tentativas diplomáticas de resolução dos conflitos nunca tiveram muito espaço para florescer. De ambos os lados houve sempre grande desconfiança e muitos fatores internos de pressão se colocaram no caminho do processo de negociação pacífica.

A própria escolha da *dual-track policy* foi prejudicial às negociações. Como se sabe, a relação entre EUA e Irã nesse período sempre foi marcada pela desconfiança e pela dificuldade das partes sentarem para negociar abertamente e sem precondições. A política norte-americana escolhida não favorece esse processo, pois, quando se busca o diálogo e, ao mesmo tempo, se utiliza medidas de coerção, a mensagem passada é de que a conversa não é realmente séria e que ela só será produtiva se a parte ameaçada aceitar as exigências feitas.

70 Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/news/americas/2013/02/2013271630846758.html>>. Acesso em: 18 março 2013.



O resultado dessa política entre os dois países é de uma relação marcada pela alternância entre momentos de aproximação para posteriormente se iniciar um período de afastamento, caracterizado pela imposição de novas sanções.

Atualmente, as sanções impostas pelos norte-americanos e seus aliados são as mais fortes e amplas já impostas, gerando grandes prejuízos para o Irã. Resta agora analisar se os prejuízos gerados foram aqueles almejados no desenho das sanções.

## Capítulo II — As sanções contra o Irã

Conforme exposto anteriormente, sanções econômicas fazem parte da realidade iraniana desde a Revolução Islâmica de 1979. Muitas delas foram impostas unilateralmente pelos EUA e pela União Europeia, mas, desde 2006 foi possível observar também sanções multilaterais, sendo implementadas com respaldo do CSONU.

As sanções têm como objetivos principais bloquear a transferência de armas, componentes, tecnologia ou itens de uso duplo (civil ou militar); afetar setores selecionados da economia iraniana relevantes a atividades de proliferação nuclear; induzir o Irã a se engajar construtivamente em negociações sobre essas questões com o G5+1, grupo composto por China, Alemanha, Reino Unido, França e EUA.

Dentre as sanções impostas unilateralmente pode-se destacar as seguintes medidas adotadas pelos EUA: o *Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act* (ITRSHRA), que expandiu o *Iran Sanctions Act* (ISA) de 1996; o *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act* (CISADA); e as Ordens Executivas 13590 e 13622. Do lado das sanções multilaterais se destacam as resoluções do CSONU de números 1737, 1747, 1803 e 1929.

A proposta neste capítulo é apresentá-las de maneira pormenorizada e analisá-las brevemente, começando pelas sanções unilaterais impostas pelos EUA para, então, tratar daquelas apresentadas pelo CSONU e pela União Europeia. Antes, porém, vale uma breve reflexão sobre as sanções no ambiente internacional e sua tipologia.

### 2.1 — O que são as sanções?

Sanções podem ser definidas como um ato coercitivo, cujo objetivo é a privação de determinado bem, decorrente da conduta de um determinado Estado (Amaral Junior, 2008: p. 265), podendo a privação imposta constar da suspensão temporária das relações econômicas normais entre dois Estados, com vistas a pres-

sionar o Estado alvo a modificar seu comportamento (Tostensen & Bull, 2002: p. 374). Sanções unilaterais são aquelas impostas por um país contra outro<sup>71</sup>.

Em se tratando de sanções, há no debate internacional um entendimento comum de que a melhor forma de se alcançar os objetivos de política externa almejados é por intermédio do uso de restrições multilaterais<sup>72</sup> (Kaempfer & Lowenberg, 1999: p. 38). De acordo com essa tese as sanções econômicas são mais eficientes e reduzem o bem estar da nação afetada na medida em que prejudicam a habilidade do país alvo de participar do comércio internacional. Desse modo, quanto maior a parcela do comércio afetada maior será a possibilidade de piora do bem-estar dessa nação, sendo que, por meio de sanções multilaterais, em que o número de parceiros comerciais participantes é maior, seria possível alcançar mais efetivamente danos à economia do país alvo.

Um instrumento que visa a aumentar a efetividade das sanções são as chamadas sanções secundárias. Estas visam a compelir terceiros (outros países ou companhias internacionais) a aderirem às sanções. Dessa forma, seriam punidos empresas ou países que continuassem a comercializar com o país sancionado, a despeito de não se submeterem à jurisdição do país sancionador. Essa tática já fora utilizada pelos EUA diversas vezes.

Duras críticas são feitas contra as sanções unilaterais, em especial contra as sanções impostas pelos norte-americanos<sup>73</sup>. Para uma linha argumentativa, as sanções impõem um custo muito alto à nação sancionadora, gerando poucos benefícios e, dessa forma, não contribuindo para alcançar os objetivos de política externa (Haas, 1997: p. 74-85). Atualmente as economias mundiais encontram-se mais integradas, o que facilita ao país sancionado encontrar um

71 Para Drezner sanções econômicas podem ser inseridas dentro de uma categoria de coerções econômicas. Para o autor, coerções econômicas podem ser definidas como uma ameaça ou um ato de um estado, ou uma coalisão de estados, para desestabilizar as relações econômicas com o estado alvo. As pressões econômicas serão retiradas apenas quando o estado alvo aquiescer com as demandas políticas que originaram as pressões. A desestabilidade promovida pode incluir sanções ao comércio, suspensões de auxílios, congelamento de recursos ou manipulação de tarifas. Em DREZNER, Daniel W. *The Sanctions Paradox*. Cambridge University Press. Cambridge. 1999: p.2.

72 Jeremy Farrall justifica esse entendimento ressaltando que a globalização criou um clima de interdependência no ambiente internacional. Por conta dessa interdependência um regime de sanções imposto pela ONU possui o poder de devastar a economia do país alvo e retirar do poder as elites políticas. FARRAL, Jeremy Matam. *United Nations Sanctions and the Rule of Law*. Cambridge University Press. New York. 2007:p.4.

73 Quanto a esta tipologia das sanções Celso D. Mello opta por uma nomenclatura diferente. Ele reserva o termo "sanções" para aquelas impostas por organizações internacionais, nesse caso sanções multilaterais. Quanto às medidas adotadas apenas por um estado o autor as nomeia como contramedidas. Vale ressaltar que para o autor as contramedidas podem apenas ser instituídas caso não tenha sido instaurado um processo de solução de controvérsias. Desse modo os *raids* realizados por caças americanos em 1980, durante o julgamento pela Corte Internacional de Justiça da crise dos reféns norte-americanos, não poderiam ter sido realizados. Em MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2004. p.1460-1.

substituto para preencher o espaço deixado pela saída da nação sancionadora (Kaempfer & Lowenberg, 1999: p. 40).

Por outro lado, há quem defenda que apesar de sanções econômicas multilaterais produzirem maiores efeitos na economia, seus efeitos políticos são inferiores aos produzidos pelas sanções unilaterais. Isto pode ocorrer em função da extensão dos danos causados, uma vez que efeitos mais graves são capazes de gerar reações políticas adversas, como aumentar o apoio popular ao governo sancionado ou destruir a capacidade da oposição fazer frente ao governo (Kaempfer & Lowenberg, 1999: p. 39, 55). De acordo com esse posicionamento, as sanções multilaterais não serão necessariamente mais benéficas para efeitos de política externa do que as sanções unilaterais, apesar da capacidade das sanções multilaterais de produzir prejuízos econômicos mais graves.

As sanções também são classificadas como convencionais (*comprehensive sanctions*) ou inteligentes (*smart sanctions*)<sup>74</sup>. Sanções convencionais consistem em uma completa proibição das relações comerciais entre os envolvidos, como proibições à importação/exportação, rompimento da comercialização ou a cessação dos financiamentos<sup>75</sup>. As sanções inteligentes ou direcionadas visam ser mais eficientes, pois buscam afetar apenas os órgãos envolvidos no processo decisório interno do país alvo. Essas sanções utilizam mecanismos específicos para alcançar seus objetivos, como embargos militares, sanções financeiras e restrições a viagens. Além disso, as sanções inteligentes têm como objetivo blindar grupos vulneráveis aos efeitos das sanções, evitando que se puna o alvo errado.

Uma das maiores falhas das sanções convencionais é crer que as dificuldades geradas à população civil será força motriz da mudança política que alterará o comportamento do governo. Essa teoria, tratada pela primeira vez por Johan Galtung, é conhecida como *the naive theory of sanctions* ou a teoria inocente sobre as sanções. Ela falha em perceber a complexidade das relações existentes entre um governo e seus governados, razão pela qual não é bem aceita atualmente<sup>76</sup>. Na verdade, as consequências geradas podem ser opostas. Os danos causados à população civil podem beneficiar o regime, convertendo a insatisfação popular em apoio às lideranças (Tostensen & Bull, 2002: p. 376).

74 Celso. D. de Albuquerque Mello ao tratar das sanções também adota definição semelhante, dividindo as sanções entre específicas e amplas. A mesma forma de classificação também pode ser percebida na leitura de Malcolm M. Shaw. Em MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2004. p. 679, e, SHAW, Malcolm M. **Direito Internacional**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2003.p. 927.

75 FARRAL, Jeremy Matam. **United Nations Sanctions and the Rule of Law**. Cambridge University Press. New York. 2007:p.4.

76 Disponível em: <[http://www.stanford.edu/class/ips216/Readings/galtung\\_67.pdf](http://www.stanford.edu/class/ips216/Readings/galtung_67.pdf)> Acesso em 28 maio 2013

## 2.2 — Norte-americanos ao ataque.

De acordo com o Departamento de Estado norte-americano, as sanções atualmente impostas ao Irã são uma resposta a seu programa nuclear. O objetivo dos EUA e de seus países parceiros é o de impedir que o Irã continue desenvolvendo essas atividades, tidas como ilícitas, e persuadir Teerã a dialogar com a comunidade internacional acerca de seu programa nuclear. Para conseguir impor as medidas sancionatórias, os EUA se utilizaram do CSONU, assim como de outros parceiros como UE, Japão, Austrália, Noruega, Suécia, dentre outros<sup>77</sup>.

Cabe agora um olhar mais atento em relação ao histórico das sanções norte-americanas em relação ao Irã remontando em um primeiro momento ao chamado *Iran Sanctions Act* (ISA), de 1996. Inicialmente, este ato normativo foi denominado de *Iran-Libya Sanctions Act*, tendo sido introduzido pela administração de Bill Clinton (1993-2001) em resposta aos avanços no programa nuclear iraniano e devido ao apoio iraniano a organizações entendidas como terroristas como o Hezbollah, o Hamas e a Jihad Islâmica da Palestina. Na época, o Presidente Clinton emitiu uma Ordem Executiva<sup>78</sup> (N. 12959) banindo investimentos e o comércio com o Irã.

As sanções por parte do governo dos EUA tinham como objetivo afetar o projeto de modernização do setor petrolífero iraniano. À época, os aliados norte-americanos não aderiram às sanções propostas. Mas, com a abertura do setor energético aos investimentos estrangeiros em novembro de 1995, o Congresso norte-americano viu uma oportunidade de dar um novo golpe nos investimentos realizados no Irã<sup>79</sup>. Desse modo, no final de 1995, foi aprovado o

77 “In response to Iran’s continued illicit nuclear activities, the United States and other countries have imposed unprecedented sanctions to censure Iran and prevent its further progress in prohibited nuclear activities, as well as to persuade Tehran to address the international community’s concerns about its nuclear program. Acting both through the United Nations Security Council and regional or national authorities, the United States, the member states of the European Union, Japan, the Republic of Korea, Canada, Australia, Norway, Switzerland, and others have put in place a strong, inter-locking matrix of sanctions measures relating to Iran’s nuclear, missile, energy, shipping, transportation, and financial sectors”. Disponível em: <<http://www.state.gov/e/eb/tfs/spi/iran/index.htm>>. Acesso em: 09 abril 2013

78 As ordens executivas são diretivas emitidas pelo presidente norte-americano e possuem força de lei federal. Elas podem ser emitidas para criar comitês e organizações, também podem ser usadas para dar as diretrizes e mudar a forma de atuação do governo. Elas podem perder sua vigência caso o congresso promulgue uma lei que a contrarie. Apesar disso o presidente pode vetar a lei. Nesse caso para que a ordem executiva seja derrubada, será necessário que o congresso recuse o veto presidencial. As ordens executivas podem ainda ter sua constitucionalidade apreciada pela Suprema Corte norte-americana. A figura da ordem executiva se assemelha com a da medida provisória do ordenamento brasileiro, porém a ordem norte-americana não necessita de aprovação pelo legislativo e, portanto, não perde sua vigência no decorrer do tempo. Disponível em: <[http://answers.usa.gov/system/selfservice.controller?CONFIGURATION=1000&PARTITION\\_ID=1&CMD=VIEW\\_ARTICLE&USERTYPE=1&LANGUAGE=en&COUNTRY=US&ARTICLE\\_ID=10008](http://answers.usa.gov/system/selfservice.controller?CONFIGURATION=1000&PARTITION_ID=1&CMD=VIEW_ARTICLE&USERTYPE=1&LANGUAGE=en&COUNTRY=US&ARTICLE_ID=10008)>. Acesso em: 12 maio 2013.

79 Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/row/RS20871.pdf>>. Acesso em: 09/04/2013.

*Iran Foreign Oil Sanctions Act*, modificado posteriormente para incluir sanções à Líbia. A norma entrou em vigor em agosto de 1996. Ao longo dos anos esta lei foi sendo renovada e modificada, sendo sua última versão promulgada em 12 de setembro de 2012.

A versão atual do ISA (que foi alterada pelo CISADA e pelo ITRSHRA), como ficou conhecida a lei, determina que o presidente norte-americano deverá impor ao menos cinco das possíveis sanções apresentadas, aos indivíduos ou companhias que incidam em algumas das hipóteses da Seção 5 deste ato. Segundo a Seção 6 do *Act*, dentre as sanções possíveis de serem implementadas têm-se sanções às exportações e importações; proibições de ordem financeiras; restrições cambiais; restrições de ingresso em solo americano, dentre outras. Para maior detalhamento das sanções vide Anexo I<sup>80</sup>.

É importante ressaltar, por outro lado, a Seção 5 (f) do ISA, que trata das exceções. De acordo com este dispositivo, poderão ser dispensadas as sanções quando estiver em questão informações ou tecnologias essenciais aos EUA. Também não será sancionada a comercialização de remédios, suprimentos médicos e outros itens de uso humanitário.

O *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act* (CISADA), entrou em vigor em 1º de julho de 2010. Este ato tinha o objetivo de estender as sanções econômicas aplicadas sob o ISA, punindo companhias e indivíduos que colaboravam com o desenvolvimento do setor petrolífero iraniano<sup>81</sup>, principal responsável por financiar as atividades nucleares iranianas.

O CISADA prevê que o Presidente norte-americano imponha três ou mais sanções<sup>82</sup>, dentre as disponíveis no ISA, para qualquer pessoa que venda, empreste ou forneça bens, tecnologia, informação ou ofereça suporte relativo à produção de produtos de petróleo refinado, ou venha a prover ao Irã produtos de petróleo refinado num valor de mercado superior a US\$ 1 milhão ou que durante um período de doze meses tenham adquirido valor de mercado acima de US\$5 milhões<sup>83</sup>. Aplica a mesma restrição a qualquer pessoa que venda, empreste, ou ofereça ao Irã determinados bens, serviços, tecnologia ou informação

80 Estados Unidos da América. *Iran Sanctions Act of 1996*. Seção 6. Disponível em: <[http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/isa\\_1996.pdf](http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/isa_1996.pdf)>. Acesso em: 15/05/2013. A partir desta nota, todas as citações referentes a esta legislação foram retiradas da mesma fonte.

81 Estados Unidos da América. *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010*. Seção 3. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/hr2194.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

82 Atualmente cinco em função das alterações trazidas pelo ITRSHRA, que será abordado a seguir.

83 Estados Unidos da América. *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010*. Seção 102. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/hr2194.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

que tenha valor de mercado superior a US\$ 1 milhão ou que durante um período de 12 meses tenham adquirido valor de mercado acima de US\$5 milhões.

Segundo o CISADA, o presidente deve ainda impor três ou mais sanções<sup>84</sup> a indivíduos que violem as proibições referentes a armas nucleares, químicas e biológicas, de destruição em massa ou armas convencionais avançadas<sup>85</sup>. Proíbe também a emissão de licenças de exportação ou aprovação de transferências referentes a acordos de cooperação nuclear civil entre os EUA e qualquer país envolvido em transações com o Irã no que tange à aquisição ou ao desenvolvimento de armas nucleares ou tecnologia correlata.

De acordo com a lei, poderão ser aplicadas sanções a companhias matrizes de empresas que se envolvam em atividades ilícitas. O mesmo se aplica no caso de empresas filiadas se envolverem nessas atividades. São também impostas sanções adicionais relacionadas ao câmbio, relações bancárias e sobre a propriedade a pessoas que violarem as proibições referentes a armas de destruição em massa e produtos petrolíferos.

Conforme mencionado, o CISADA trouxe novas alterações ao ISA. Dentre elas podem ser destacadas as sanções adicionais referentes à proibição de importação de qualquer produto iraniano pelos EUA, proibição de qualquer exportação norte-americana ao Irã, salvo casos de interesse humanitário, relacionadas à comunicação, comida, *comodities* da agricultura, remédios, promoção da democracia, respeitando-se sempre o interesse nacional dos EUA. O ato ainda determina o congelamento de recursos de certos indivíduos e oficiais, inclusive quando estes forem transmitidos a outros membros de suas famílias. Prevê, outrossim, a imposição de sanções ao Banco Central iraniano e a outras instituições financeiras iranianas que apoiem atividades terroristas e o desenvolvimento de armas de destruição em massa.

Além dessas providências, oferece diretivas propostas pelo Congresso norte-americano no sentido de continuar combatendo organizações terroristas e o desejo iraniano de obter armas de destruição em massa, de oferecer assistência a quem decidir aderir às sanções e em função disso, percebam prejuízos. O Congresso considera que é dever dos EUA desestimular a realização de investimentos no setor energético iraniano enquanto durarem as sanções e autoriza que estados membros da federação norte-americana adotem as sanções que acharem pertinentes, sendo observados os parâmetros da legislação nacional.

84 Atualmente cinco em função das alterações trazidas pelo ITRSHRA, que será abordado a seguir.

85 Estados Unidos da América. Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010. Seção 102. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/hr2194.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013. A partir desta nota, todas as referências feitas a esse diploma legislativo foram retiradas da mesma fonte.

Uma das inovações trazidas pelo CISADA é a preocupação com os países que auxiliam o Irã a se evadir das sanções, determinando que o governo norte-americano identifique quais são esses países que auxiliam os iranianos a adquirirem bens proibidos, dando ênfase aos bens produzidos pelo próprio estado norte-americano que poderiam contribuir para o desenvolvimento iraniano de armas nucleares, químicas, biológicas, armas convencionais avançadas e armas úteis a ações terroristas. Aos países identificados como facilitadores da evasão, poderá ser exigida uma licença de exportação. Além disso, poderão ser iniciadas medidas para aprimorar o controle das exportações para este determinado país.

Por fim, há o *Iran Sanctions Contained in the Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act* (ITRSHRA), de 10 de agosto de 2012. Esta é a mais recente das sanções norte-americanas, direcionadas a atrasar o andamento do programa nuclear iraniano. Esta lei buscou aumentar o escopo das sanções anteriores relacionadas ao setor energético e financeiro, a proliferação de armas de destruição em massa, apoio ao terrorismo e ao abuso dos direitos humanos<sup>86</sup>. Adicionalmente, expandiu a pressão sobre a economia iraniana, exigindo a aceitação de todas as obrigações nucleares internacionais e o engajamento construtivo em novas negociações com a comunidade internacional.

O ITRSHRA emendou o ISA e o CISADA, adicionando novas categorias de atividades comerciais dentre as passíveis de serem sancionadas. Dentre elas, participar de uma empresa envolvida na exploração de petróleo que tenha como parceiro comercial o governo iraniano ou que essa relação possibilite aos iranianos perceberem novas tecnologias que antes não tinham acesso, aprimorando assim o sistema de extração iraniano.

Outras categorias passíveis de sanção são a de ser proprietário, exercer controle ou garantir que uma embarcação que tenha saído do Irã transporte óleo bruto a outro país. Também será sancionado o indivíduo ou companhia que auxilie uma embarcação a esconder a origem do óleo bruto transportado; ofereça seguro ou resseguro a *National Iranian Oil Company* (NIOC), a *the National Iranian Tanker Company* (NITC) ou a companhia subsidiária dessas empresas; compre, subscreva ou facilite a emissão de títulos do Governo do Irã ou de qualquer entidade controlada pelo governo iraniano, incluindo ações emitidas após a promulgação desta lei.

---

86 Estados Unidos da América. *Iran Threat reduction and Syria Human Rights Act of 2012*. Seções 101 e 203. Disponível em: <<http://beta.congress.gov/112/plaws/publ158/112publ158.pdf>>. Acesso em: 15/05/2013. A partir desta nota, todas as referências feitas a esse diploma legislativo foram retiradas da mesma fonte.

O ITRSHRA atualizou as possíveis sanções que podem ser impostas pelo presidente norte-americano, as quais já foram apresentadas na parte referente ao ISA.

Esta lei também emendou o CISADA incluindo novas atividades realizadas por instituições financeiras, a saber: aquelas que facilitem transações para uma pessoa designada como apoiadora do terrorismo ou das atividades de proliferação iranianas ou que facilite as atividades de uma pessoa que atue em função de uma entidade que seja alvo das sanções financeiras, ou seja, sancionada pelo CSONU. Também admite o bloqueio de bens de pessoas que provenham, facilitem o acesso de financiamentos e outros serviços para o Banco Central do Irã ou outras instituições financeiras iranianas designadas.

Novas providências são também apresentadas pelo ITRSHRA no que diz respeito ao combate ao terrorismo e à proliferação de armas nucleares. Dentre as ações propostas há um foco em especial para o IRGC. De acordo com este *Act* devem ser aplicadas sanções diretamente a indivíduos ligados ao IRGC. Além destes, devem ser sancionados também aqueles que, de alguma forma, auxiliaram ou comercializaram de alguma forma com esta instituição. A lei também autoriza que sejam implementadas medidas contra instituições governamentais não iranianas, caso estas se envolvam em transações ou auxiliem o IRGC.

Em relação ao controle de armas de destruição em massa devem ser impostas cinco dentre as doze possíveis sanções às pessoas que exportem, transfiram, permitam ou facilitem o acesso de bens, serviços ou tecnologia que possam contribuir ou serem utilizados por pessoas que possam contribuir com o Irã para que este obtenha armas químicas, biológicas ou nucleares. O mesmo se aplica a uma joint venture que tenha participação do governo iraniano e que contribua para o desenvolvimento desses projetos. Por fim, a lei requer que sejam congelados e proibidos de comercialização os bens de entidades que possam contribuir com a proliferação de armas de destruição em massa no Irã.

Sobre as determinações relacionadas à preservação dos direitos humanos, este ato modifica o CISADA, determinando que o governo norte-americano deverá bloquear os bens e negar o visto de pessoas ligadas aos abusos de direitos humanos no Irã. Poderão ser sancionadas quaisquer entidades que transfiram tecnologias ou bens ao Irã, a entidades e indivíduos sob jurisdição iraniana que possam ser utilizados pelo governo iraniano para cometer abusos contra os direitos humanos no Irã. Portanto, os indivíduos ou entidades iranianas que se envolvam em violações à liberdade de expressão, como a censura, também serão alvo de sanções.

Por fim há de se falar sobre a expansão da responsabilidade das empresas americanas. Esta lei proíbe que qualquer entidade, estabelecida fora dos EUA,



controlada por uma pessoa americana, se engaje em transações com o governo iraniano ou pessoas sujeitas à jurisdição iraniana que dentro dos EUA seriam proibidas. Caso essa relação proibida ocorra, a matriz estará sujeita a penalidades civis.

### 2.3 — As resoluções do CSONU: há consenso na comunidade internacional?

A resolução 1737, de 23 de dezembro 2006, adotada por unanimidade, foi a primeira do CSONU que impôs sanções multilaterais ao Irã. Ela determinava que os países membros da ONU adotassem medidas para impedir o fornecimento, a venda ou a transferência de materiais ao Irã que pudessem ser utilizados em seus programas de cunho nuclear e balístico<sup>87</sup>. A resolução ainda impôs o congelamento dos recursos de vinte e duas companhias e indivíduos envolvidos nesses programas. Além disso, prescrevia que os países deveriam exercer vigilância sobre os envolvidos no programa nuclear e balístico iraniano. Apesar de a resolução ter sido aprovada por unanimidade, o CSONU estava dividido. Havia forte oposição russa à imposição de sanções ao Irã. Para que a resolução fosse aprovada era necessário que ela não fosse muito dura e incisiva, caso contrário, provavelmente, haveria um veto por parte dos russos.

Já a resolução 1747, de 24 de março de 2007, determinava a proibição de compra e venda de armamentos iranianos<sup>88</sup>. Mais uma vez, o CSONU convocava os países a exercer vigilância quanto à entrada e saída desses itens do Irã. Sugeriu que países não assinassem novos acordos financeiros com o governo iraniano, salvo para fins humanitários ou desenvolvimentistas. Além dessas medidas, a resolução expandia a lista de entidades (empresas e indivíduos) sancionadas. Por fim, aumentava os embargos de viagens.

A resolução 1803, de 03 de março de 2008, convocava novamente os Estados a exercerem vigilância ao prover créditos de exportação, garantias e seguros às companhias iranianas<sup>89</sup>, incentivando-os a reduzir suas transações com bancos iranianos operantes em seus territórios. A resolução expressamente determinava que os estados cortassem relações comerciais com os Bancos Melli e o Banco Saderat, uma vez que ambos foram acusados de financiarem o programa

87 Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolução 1737 de 26 de dezembro de 2006. Itens 3, 4 e 6. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1737\(2006\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1737(2006))>. Acesso em: 14/05/2013. A partir desta nota, todas as referências feitas a esta resolução se originam da mesma fonte.

88 Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolução 1747 de 24 de março de 2007. Itens 6. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1747\(2007\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1747(2007))>. Acesso em: 14 maio 2013. . A partir desta nota, todas as referências feitas a esta resolução se originam da mesma fonte.

89 Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolução 1803 de 3 de março de 2008. Item 9. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1803\(2008\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1803(2008))>. Acesso em: 14 maio 2013. A partir desta nota, todas as referências feitas a esta resolução se originam da mesma fonte.

nuclear iraniano e seus projetos balísticos. Por fim, expandia as restrições de viagens e congelamentos de recursos a 13 indivíduos e 12 companhias e autorizava a inspeção de cargas que se destinassem ao Irã ou dali se originassem.

A última resolução imposta foi a resolução 1929, de 9 de junho de 2009, que foi antecedida por eventos dignos de nota. Entre estes se destacam: a descoberta da construção de uma nova usina nuclear na cidade de Qom, a crise relacionada aos direitos humanos que se seguiu no Irã após as eleições de 2009 — a chamada “Onda Verde” ou “Movimento Verde”-, e o fracasso das negociações do G5 + 1 com o Irã, visando a um acordo para fornecer combustível nuclear a um reator de uso medicinal. Às vésperas da aprovação desta resolução, ocorreu ainda a assinatura da chamada “Declaração de Teerã”, entre Brasil, Irã e Turquia<sup>90</sup>.

Como consequência da rejeição da Declaração de Teerã, pelos membros permanentes do CSONU, Brasil e Turquia votaram contra a resolução e o Líbano se absteve. Isso fez com que a Resolução 1929 fosse considerada uma resolução fraca em relação às demais resoluções impostas durante o Governo George W. Bush (2001-2009). Para Hilary Clinton, Secretária de Estado dos EUA do governo Obama, esta resolução envia uma mensagem ao Irã de que os Estados na comunidade internacional são responsáveis por seus atos. As sanções impostas iriam além das já existentes, buscando simultaneamente minimizar seu impacto na população iraniana e levar a uma mudança no processo de tomada de decisão das lideranças iranianas<sup>91</sup>.

A maior preocupação da resolução 1929 dizia respeito ao programa nuclear e militar iraniano. Buscava-se restringir o desenvolvimento iraniano de tecnologias que pudessem ser usadas nos programas balísticos e nuclear<sup>92</sup>. Segundo seus termos, os Estados membros devem impedir a transferência desse tipo de tecnologia ao Irã. Proíbe também que o Irã participe na mineração de urânio em outros países, expande as restrições de viagens, requerendo aos países que impeçam que determinados indivíduos ingressem em seus territórios. Determina que os países inspecionem, caso haja suspeita de transporte de material proibido, as embarcações que se originem do Irã ou que se destinem a ele. Demanda a apreensão e eliminação de qualquer material proibido e impede o fornecimento

90 Vide o Capítulo I.

91 “This resolution sends an unambiguous signal to Iran that the international community holds it accountable for its actions. The measures in this resolution go well beyond the pre-existing sanctions on Iran. That said, we have worked hard to minimize their impact on the Iranian people. They target instead elements within the Iranian government, with the aim of changing the leadership’s calculations.” Disponível em: <<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/06/142914.htm>>. Acesso em: 04 abril 2013.

92 Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolução 1929 de 9 de junho de 2010. Item 3. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1929\(2010\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1929(2010))>. Acesso em: 14 maio 2013. . A partir desta nota, todas as referências feitas a esta resolução se originam da mesma fonte.

de combustível a embarcações iranianas das quais haja suspeita de envolvimento em atividades proibidas. Pede, ainda, que os países exerçam vigilância sobre indivíduos ou instituições que possam estar envolvidas em atividades proibidas.

Por fim, a resolução direcionou sua atenção ao IRGC e à companhia estatal de transporte marítimo, a *Republic of Iran Shipping Lines (IRISL)*, congelando seus recursos no exterior. O sistema financeiro iraniano também foi um dos principais alvos das sanções, tendo a resolução determinado que os estados rejeitem a abertura de novas filiais de bancos iranianos e que esses estados impeçam instituições financeiras iranianas de operarem em seus territórios.

## 2.4 — A Resposta Europeia

O Irã e a União Europeia há tempos vêm desenvolvendo boas relações comerciais, sendo a última o principal parceiro econômico dos iranianos. Apesar de não haver nenhum acordo bilateral entre os dois a respeito de trocas, as importações europeias de produtos iranianos correspondiam a 14.5 bilhões de euros e as exportações europeias 11.3 bilhões de euros (valores de 2010), sendo que 90% das importações correspondiam a petróleo e produtos derivados<sup>93</sup>. Isso correspondia a cerca de 20% de toda a exportação petrolífera iraniana<sup>94</sup>.

Atualmente, o comércio entre ambos tem encontrado diversas restrições, devido às resoluções do CSONU, que são vinculantes para todos os estados membros. Além disso, foram adotadas pelo Conselho da União Europeia (CUE) algumas regulações, como as de n. 423/2007, 618/2007 e 1110/2008, que impõem uma série de restrições ao comércio com o Irã. Em 2010, após a adoção da Declaração do CUE sobre o Irã, que impôs novas sanções, foram adotadas restrições adicionais e, no início de 2012, foi expedida uma regulação fechando o cerco europeu à economia iraniana. Mesmo havendo todas essas restrições à comercialização com o Irã não é ilegal<sup>95</sup>. O objetivo europeu continua a ser a construção de uma boa relação econômica com o Irã e as restrições impostas se deram em função da preocupação relacionada às atividades do programa nuclear iraniano. O que a comunidade europeia espera dos iranianos

93 Disponível em: <[http://eeas.europa.eu/top\\_stories/2012/130412\\_iran\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/top_stories/2012/130412_iran_en.htm)>. Acesso em: 16/05/2013.

94 A ausência de acordo bilateral entre o Irã e a União Europeia se dava em função da não participação do primeiro na Organização Mundial do Comércio. Atualmente o status iraniano na organização é apenas de país observador. A recusa aos iranianos se dá em parte pelo não cumprimento das exigências da Organização Mundial do Comércio, mas principalmente se dá em função do conflito iraniano com os EUA, uma vez que este possui grande influência nesta organização. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/a1\\_iran\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_iran_e.htm)>. Acesso em: 16 maio 2013.

95 Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/iran/>>. Acesso em: 16 maio 2013.

é que estes colaborem com a comunidade internacional e com a AIEN para provar que o programar nuclear se destina apenas a fins pacíficos<sup>96</sup>.

Portanto, as sanções impostas pela União Europeia são destinadas a persuadir o Irã a aceitar suas obrigações internacionais e a restringir o desenvolvimento de tecnologia nuclear e balística. As medidas servem para implementar tanto as sanções impostas pelo CSONU quanto as impostas pela comunidade europeia.

Além da preocupação com o programa nuclear, outro fator que influenciou os governantes europeus é a questão dos direitos humanos, principalmente após a repressão de 2009. Desse modo, foram impostas sanções sobre 61 indivíduos iranianos, responsáveis pelas graves violações a direitos humanos que ocorreram. Uma das exigências da União Europeia é que os países respeitem as obrigações concernentes aos direitos humanos que foram livremente, por eles, adotadas<sup>97</sup>.

As primeiras sanções vindas da União Europeia foram impostas no primeiro semestre de 2007, após a adoção da Resolução 1737 do CSONU. Apesar de ter como base o disposto na resolução, as medidas adotadas vão além<sup>98</sup>. Em reunião, ocorrida em abril de 2007 em Bruxelas, os ministros das relações exteriores dos países da União Europeia adotaram a Regulação 423/07. Por meio desta, decidiram restringir a importação e exportação de bens que poderiam contribuir para as atividades de enriquecimento ou que pudessem auxiliar no desenvolvimento de sistemas de lançamento de armas nucleares<sup>99</sup>. Decidiram banir a oferta de serviços e os investimentos relacionados às atividades antes descritas. Além dessas, ficam suspensas as vendas de quaisquer bens e tecnologias relevantes ao Irã. Entretanto, fica autorizada a comercialização de produtos que não contribuam para o desenvolvimento de armas de destruição em massa e seus sistemas de lançamento ou de produtos destinados a fins humanitários, alimentares ou medicinais. Por fim, a regulação proíbe a entrada e congela os recursos de certos indivíduos e organizações que possuam ligações com o programa nuclear iraniano. A lista de pessoas e entidades sancionadas da regulação 423/07 foi alterada sete vezes até 2010<sup>100</sup>.

96 Disponível em: <[http://eeas.europa.eu/top\\_stories/2012/130412\\_iran\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/top_stories/2012/130412_iran_en.htm)>. Acesso em: 16 maio 2013.

97 “The EU’s principal and consistent call on Iran, as on other states around the world, is that it lives up to the international human rights standards to which it has freely subscribed.” Disponível em: <[http://eeas.europa.eu/top\\_stories/2012/130412\\_iran\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/top_stories/2012/130412_iran_en.htm)>. Acesso em: 16 maio 2013.

98 Disponível em: <<http://www.eubusiness.com/topics/institutions/iran-sanctions.22/>>. Acesso em: 16 maio 2013.

99 União Europeia. Regulação do Conselho da União Europeia 423/07. Artigos 2, 3 e 4. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:103:0001:0023:en:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2013.

100 As regulações que atualizavam a 423/07 foram: 441/07, 618/07, 219/08, 475/08 (decisão do Conselho), 1228/09, 523/10 e 668/10. Disponível em: <<http://www.iranwatch.org/international/EU/>>. Acesso em: 17 maio 2013.

Em junho de 2010, o CUE se reuniu e, devido à adoção da Resolução 1929 do CSONU emitiu a Declaração sobre o Irã. A declaração foi um importante documento expedido pelo CUE. Ele oferece as diretrizes de como deve ser tratada a questão iraniana. A declaração abraça os esforços do CSONU, pela adoção da resolução 1929, e agradece a tentativa brasileira e turca em tentar solucionar a crise sobre o TRR<sup>101</sup>. O órgão europeu considera que o acordo serviu como uma medida para construção de confiança entre os envolvidos, mas que, infelizmente, não abordava o cerne do problema nuclear iraniano. Pedindo que as lideranças iranianas aceitem negociar uma solução para a crise, o CUE reafirma os direitos e deveres iranianos sobre o Tratado de Não Proliferação (NPT) e lamenta que o Irã não tenha aproveitado as diversas oportunidades que teve de retirar as preocupações da comunidade internacional sobre a natureza de seu programa nuclear. Lembra ainda que o enriquecimento em 20% não é condizente com suas obrigações sob o NPT.

Por conta do exposto, a adoção de novas medidas se mostrava imperativa. Dessa forma, o CUE pediu ao Conselho de Relações Exteriores que adotasse novas sanções, seguindo as diretrizes da Resolução 1929 do CSONU<sup>102</sup>, reafirmando o comprometimento europeu de alcançar uma solução diplomática e pedindo que o Irã volte às mesas de negociação. Por fim, ressalta a necessidade de negociações sérias sobre o programa nuclear iraniano e aponta a prontidão europeia e tentar solucionar o problema.

Em outubro de 2010 a regulação 423/07 foi revogada pela regulação 961/10. Essa resolução veio em resposta à adoção da resolução pelo CSONU 1929 e da Declaração sobre o Irã. Dentre as novas medidas se destacavam as restrições adicionais à comercialização de itens e tecnologia de uso duplo (*dual use items*), assim como de equipamentos que podem ser usados no auxílio a repressões internas<sup>103</sup>. Determinou ainda restrições à comercialização de equipamentos e tecnologias que possam ser utilizados na indústria petrolífera, além de proibir investimentos nesta indústria. A economia iraniana é altamente dependente das receitas geradas pela exploração de petróleo e gás, o que aumenta a chance de sucesso das sanções.

101 Vide Capítulo I — É possível acreditar em mudança?

102 "Under these circumstances, new restrictive measures have become inevitable. The European Council, recalling its declaration of 11 December 2009 and in the light of the work undertaken by the Foreign Affairs Council thereafter, invites the Foreign Affairs Council to adopt at its next session measures implementing those contained in the UN Security Council Resolution 1929 as well as accompanying measures, [...]." Disponível em: <[http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/council\\_conclusion\\_17\\_june\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/council_conclusion_17_june_en.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2013.

103 União Europeia. Regulação do Conselho da União Europeia 961/10. Artigos 2, 3, 4 e 5. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:281:0001:0077:EN:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2013.

Dentre outras sanções introduzidas têm-se a proibição de investimentos na mineração de urânio e na indústria nuclear iraniana; a proibição de transferência de recursos do Irã e para o Irã; restrições ao setor bancário e financeiro; restrição do acesso iraniano a seguros e títulos europeus; assim como restrições relacionadas a transportadoras iranianas. Por fim, expande a categoria de pessoas e organizações sancionadas diretamente, por meio da proibição de viagens e congelamento de recursos.

Posteriormente, o CUE emitiu a decisão 235 de 2011, não em função do programa nuclear iraniano, mas em razão das violações aos direitos humanos perpetradas. A preocupação da União Europeia se deu pelo aumento no número de execuções e da repressão sistemática que sofrem os cidadãos iranianos, além das restrições à liberdade de expressão e reunião<sup>104</sup>. Devido a esses acontecimentos o mesmo órgão decidiu adotar medidas contra os responsáveis pelas violações. Os alvos das sanções, como de costume, são afetados por proibições de viagens e de congelamento de bens e recursos<sup>105</sup>. Desde então outras regulações concernentes à questão das frequentes violações de direitos humanos no Irã foram expedidas pelo Conselho da União Europeia, trazendo o mesmo tipo de determinação, tais como revisão da lista de sancionados, o congelamento de bens e proibição de viagens<sup>106</sup>.

Após a publicação de um novo relatório da AIEN a União Europeia concluiu que o Irã falhou em colaborar com a comunidade internacional e aceitar as exigências impostas pela agência. Dessa forma, a União Europeia, por meio da decisão do CUE 35/12<sup>107</sup>, decidiu expandir as sanções impostas. O objetivo destas era afetar com maior gravidade o sistema financeiro iraniano, o sistema de transportes, a indústria petrolífera e o IRGC, dentre outras áreas<sup>108</sup>.

As novas sanções se traduzem em uma maior proibição e controle na venda de produtos para o Irã, com ênfase naqueles produtos que podem contribuir para as atividades de enriquecimento e outras relacionadas ao programa nuclear ou

104 “2. The Council underlined in particular the dramatic increase in executions in recent months and the systematic repression of Iranian citizens, who face harassment and arrests for exercising their legitimate rights to freedom of expression and peaceful assembly. The Union also reiterated its strong condemnation of the use of torture and other cruel, inhuman and degrading treatment”.

105 União Europeia. Decisão do Conselho da União Europeia 245/11. Artigos 2 e 3. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:100:0051:0057:EN:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2013.

106 Dentre elas podem-se exemplificar as regulações 359/11, 1002/11, 1245/11, 264/12 206/13. Disponível em: <<http://www.iranwatch.org/international/EU/>>. Acesso em: 17/05/2013.

107 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:019:0022:0030:EN:PDF>>. Acesso em: 19 maio 2013.

108 União Europeia. Decisão do Conselho da União Europeia 35/12. Artigo 1. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:019:0022:0030:EN:PDF>>. Acesso em: 19 maio 2013.

que possam ser usados nos programas de armas de destruição em massa. Incluem-se nesta nova lista todos os produtos de uso duplo, tanto militar quanto civil.

Além dessas novas proibições, produtos que possam ser utilizados na indústria petrolífera também devem ter sua comercialização proibida, uma vez que o setor petrolífero é o grande responsável pelo financiamento das atividades proibidas. Logicamente, fica proibida a compra e importação de produtos derivados do petróleo.

Um meio usado pelo Irã para burlar as sanções era utilizar transações com metais preciosos. Portanto, também foi proibida a comercialização e o transporte de metais preciosos do governo iraniano. Por fim, o CUE implementou medidas restritivas ao Banco Central do Irã e determinou o congelamento de recursos de pessoas e agências envolvidas no programa nuclear e balístico iraniano, inclusive expandindo as sanções aos membros da IRGC.

Outro grande ataque à economia iraniana foi a exclusão deste país do sistema SWIFT<sup>109</sup>. Essa medida resultou na impossibilidade de bancos iranianos fazerem negócios com praticamente o mundo todo<sup>110</sup>. Tal restrição foi adotada em março de 2012, devido a uma decisão do CUE. Dessa forma, o SWIFT foi obrigado a suspender os serviços de comunicação com as instituições financeiras iranianas que são alvos das sanções<sup>111</sup>. Essa medida impediu as instituições financeiras iranianas de utilizar o sistema especializado de mensagens financeiras. A medida afeta também a indústria petrolífera, pois os negócios firmados em milhões de dólares necessitam da realização de transações financeiras<sup>112</sup>. O SWIFT é uma organização belga e deve se adequar às decisões que são adotadas pelo seu governo.

Em 15 de outubro de 2012, novamente foram expandidas as sanções europeias contra o Irã. Em documento do CUE foram expostas as conclusões da União Europeia sobre a questão iraniana<sup>113</sup>. Essas diretrizes orientaram a

---

109 O SWIFT é uma cooperativa de propriedade de seus membros, que provê uma plataforma de comunicação, produtos e serviços que conectam mais de 10,000 instituições financeiras em todo o mundo. O SWIFT habilita seus usuários a realizar trocas automatizadas, com informações financeiras padronizadas, seguras e confiáveis, desse modo reduzindo os custos operacionais e eliminando ineficiências operacionais. Disponível em: <[http://www.swift.com/news/press\\_releases/SWIFT\\_disconnect\\_Iranian\\_banks](http://www.swift.com/news/press_releases/SWIFT_disconnect_Iranian_banks)>. Acesso em: 19 maio 2013.

110 Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/swift-iran-sanctions\\_n\\_1347361.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/swift-iran-sanctions_n_1347361.html)>. Acesso em: 19 maio 2013.

111 “This EU decision forces SWIFT to take action” “Disconnecting banks is an extraordinary and unprecedented step for SWIFT. It is a direct result of international and multilateral action to intensify financial sanctions against Iran.” - Lázaro Campos, Presidente da SWIFT. Disponível em: <[http://www.swift.com/news/press\\_releases/SWIFT\\_disconnect\\_Iranian\\_banks](http://www.swift.com/news/press_releases/SWIFT_disconnect_Iranian_banks)>. Acesso em: 19/05/2013.

112 Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/swift-iran-sanctions\\_n\\_1347361.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/swift-iran-sanctions_n_1347361.html)>. Acesso em: 19 maio 2013.

113 Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/132833.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/132833.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2013.

emissão da regulação 945/12, por meio da qual a lista de pessoas e entidades sancionadas foi modificada, recebendo novos nomes.

O CUE ainda reiterou sua preocupação para que o Irã se adeque a suas obrigações internacionais. A análise sobre as sanções resultou numa expansão determinada a secar as receitas do programa balístico e nuclear, sem afetar os iranianos. Em especial, instituições financeiras europeias foram instruídas a não processar fundos que possam contribuir para a expansão desses programas. Desse modo, nenhuma transação entre bancos europeus e iranianos pode ocorrer, salvo autorização expressa. O comércio, quando expressamente autorizado, também pode ser realizado. Adicionalmente, se expandem as restrições ao Banco Central do Irã. São banidos também quaisquer produtos que possam contribuir com os programas sancionados ou com indústrias controladas pelos IRGC. Isso inclui assistência técnica e financeira. Foram banidos todas as importações de gás natural, as compras e o transporte, assim como serviços financeiros como seguros. Foi também expandida a restrição de venda de produtos sensíveis para a indústria petrolífera. As embarcações europeias se encontram proibidas de transportar produtos petroquímicos iranianos. Por fim, foram suspensos os serviços de créditos de exportação de curto prazo, seguros e garantias. Novas entidades e pessoas foram sancionadas com proibições de viagens e congelamento de bens<sup>114</sup>.

A União Europeia produz regularmente relatórios sobre a questão iraniana. Estes relatórios apresentam todas as sanções que estão em vigor contra o Irã. Para listagem de todas as proibições em vigor, vide Anexo II<sup>115</sup>:

## 2.5 — Observações finais ao capítulo

Pelo exposto, é forçoso concluir que houve, tanto no âmbito multilateral como unilateral, um grande esforço de minar a capacidade de financiamento do governo iraniano por meio de sanções. Os idealizadores das sanções consideraram que a melhor forma de reduzir o avanço do programa nuclear era esvaziar os seus cofres e diminuir substancialmente a disponibilidade de seus recursos. Outro ponto de destaque é a forte pressão para excluir o Irã do sistema financeiro internacional, reduzindo sua capacidade de realizar transações internacionais e impossibilitando o financiamento de suas atividades, levando a uma escassez de

114 Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_Data/docs/pressdata/EN/foraff/132849.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/132849.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2013.

115 Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/129724.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129724.pdf)> Acesso em: 19 maio 2013.



dólares por meio das sanções secundárias e da exclusão de entidades iranianas do SWIFT<sup>116</sup>.

As sanções multilaterais que foram impostas pelo CSONU optaram por uma abordagem “inteligente”, buscando afetar apenas diretamente indivíduos envolvidos nos programas nuclear e balísticos, sem adotar medidas que possam afetar toda a economia iraniana. Apesar dessa aproximação específica do CSONU, grande forças econômicas globais como EUA e União Europeia têm adotado sanções mais gerais (*comprehensive*), resultando em efeitos muito mais amplos.

Em regra, sanções multilaterais se mostram mais brandas do que as sanções unilaterais. Afinal é necessária uma grande convergência de interesses de diversas nações para aprovar uma norma internacional. Essa característica típica, de sistemas marcados por conflitos de interesses, muitas vezes compromete os resultados que são almejados. Por isso, não se deve afirmar que a melhor opção para se buscar a cooperação iraniana é por meio de sanções multilaterais. Na verdade o pressuposto de que sanções é a melhor maneira de se conseguir a cooperação iraniana deve ser questionado. A efetividade das sanções também é duvidosa, uma vez que conduzem o país alvo ao isolamento e muitas vezes, como no Irã, exacerba o comportamento radicalista.

As sanções impostas pelos EUA e pela União Europeia são certamente as mais duras. A cada renovação se tornam mais extremas e mais fortes. Durante as discussões sobre a implementação das sanções, a ex-secretária de Estado Hilary Clinton e algumas lideranças judaicas norte-americanas pediam ao Presidente Obama que aplicasse sanções que fossem devastadoras, compreendendo um embargo geral a todos os setores econômicos, visando “aleijar” (*cripple*) a economia iraniana<sup>117</sup>. Apesar dessa pressão, as leis aprovadas dizem buscar efeitos estratégicos, que visam minar a capacidade de atuação do governo iraniano e de setores relacionados às atividades proibidas.

Por fim, resta analisar os efeitos dessas sanções na população civil iraniana. Indagam-se quais os efeitos gerados e se as válvulas de escape criadas estão sendo suficientes para reduzir o sofrimento da população.

---

116 Estados Unidos da América. *Iran Threat reduction and Syria Human Rights Act of 2012*. Seções 214, 217 e 501. Disponível em: <<http://beta.congress.gov/112/plaws/publ158/112publ158.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

117 GIENGER, Viola. *Clinton says “crippling Iran sanctions part of the plan*. Bloomberg. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aDRjrOdyA08>>. Acesso em: 19 maio 2013.

### **Capítulo III. As verdadeiras vítimas das sanções: governo ou povo iraniano?**

Neste capítulo trataremos das consequências das sanções na vida dos iranianos. Como o dia a dia do cidadão comum é afetado pelas medidas restritivas impostas pelos EUA, União Europeia e CSONU. Apesar da mensagem veiculada de que a população não seria alvo direto das sanções, era de se esperar que esta fosse de alguma forma afetada. Sabendo disso, os agentes sancionadores buscaram criar mecanismos para aliviar os efeitos por elas produzidos sobre a população, mecanismos estes que também serão analisados neste capítulo. Pretende-se ainda aqui apresentar alguns depoimentos de cidadãos iranianos a respeito do impacto destas sanções em suas vidas e nas de seus familiares.

#### **3.1 – Efeitos das sanções sobre a sociedade civil**

A despeito de toda a pressão internacional, o Irã continua a desafiar o CSONU, descumprindo suas resoluções. Em função disso, as sanções se mostram cada vez mais gravosas. As restrições impostas contra o Irã, em sua maioria, visam produzir efeitos econômicos que inviabilizem o andamento de seu programa nuclear. Ocorre que tais medidas impactam não apenas as instituições e pessoas ligadas às atividades consideradas ilícitas pela comunidade internacional, mas também à população em geral.

As sanções econômicas impostas pelas potências ocidentais buscam afetar, sobretudo, os setores financeiro e energético, visando a conduzir os líderes iranianos a aceitar suas obrigações internacionais relacionadas a seu programa nuclear.

Dentre os efeitos de natureza econômica, podem ser destacados os seguintes: 1) a queda na produção de petróleo, gerando uma arrecadação menor e dificultando o financiamento de seu programa nuclear; 2) o aumento do custo de transação para o governo e para empresas iranianas, que passam a ser obrigados a aceitar negócios menos competitivos e que implicam em um maior custo, devido à falta de opções gerada pelas sanções; 3) a grande desvalorização da moeda local, o rial, e a consequente inflação; 4) a escassez de moeda estrangeira, que também contribui para a desvalorização da moeda iraniana, causada pela exclusão de instituições iranianas do sistema financeiro internacional; 5) o aumento nos custos de produção, que dificulta a continuidade de atividades econômicas; 6) o desemprego em massa, devido à má situação da iniciativa privada; 7) a escassez de alimentos e remédios, em função do aumento de preços causado pela inflação e pela proibição de comercialização; exclusão dos bancos iranianos do sistema financeiro internacional.

As sanções visam, precipuamente, a atingir as instituições e pessoas ligadas ao programa nuclear, no entanto, é fato que, indiretamente terminam por atingir a sociedade e, em especial, os grupos mais vulneráveis. Muitos iranianos têm a percepção de que, apesar das sanções estarem direcionadas principalmente às grandes corporações e ao governo, são eles que suportam o ônus das restrições.

As sanções bancárias, por exemplo, têm trazido graves prejuízos aos mais diversos setores da sociedade iraniana. Desde 2010, o rial tem rapidamente se desvalorizado. Podemos apontar como as principais causas para a crise cambial os altos gastos do governo de Mahmoud Ahmadinejad e o valor virtual da moeda iraniana, que se manteve, durante anos, valorizada devido às receitas da indústria do petróleo, sendo certo que as sanções internacionais agravam ainda mais a situação econômica<sup>118</sup>.

O resultado dessa desvalorização é um aumento exponencial dos preços. Em muitos casos os produtos passam a custar mais de 100% de seu valor, causando também sua escassez. Milhões de iranianos estão sendo afetados, mas o governo tem atuado para tentar amenizar os ânimos internos. Por meio de distribuição de dinheiro para as parcelas mais pobres da sociedade, o governo espera conseguir apoio para as eleições que irão ocorrer no meio do ano. Medidas também estão sendo tomadas para frear o aumento dos preços dos alimentos. Vale dizer que a corrida por dólares, iniciada após 2010, é outro fator que influencia o processo de desvalorização<sup>119</sup>. Nas ruas, os valores do dólar são atualizados informalmente, pois o Banco Central não consegue controlar as casas de câmbio<sup>120</sup>.

118 SALEHI-ISFAHANI, Djavad. *Iran's Economy After Devaluation*. Disponível em: <<http://www.lobelog.com/irans-economy-after-devaluation/>>; BERMAN, Ilan. *The contours of Iran's currency crisis*. Forbes. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/ilanberman/2012/10/05/the-contours-of-irans-currency-crisis/>>; DAREINI, Ali Akbar; MURPHY, Brian. *Iran Rial Crisis: Currency Fall Leads to Tightened Measures*. Huffington Post. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2012/10/03/iran-rial-crisis-currency-fall\\_n\\_1935269.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/10/03/iran-rial-crisis-currency-fall_n_1935269.html)>; PAIVAR, Amir. *Iran Currency Crisis: Sanctions detonate instable rial*. BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-19800532>> Acesso em: 22 maio 2013.

119 Harris, Kevan. *A Fistful of Tomans: Irans' Currency Wars*. London Review of Books. 2013. Disponível em: <<http://www.lrb.co.uk/v35/n02/kevan-harris/a-fistful-of-tomans>>. Acesso em: 23 maio 2013.

120 "Around Ferdowsi Square in central Tehran, currency traders operate from shops and alleyways. Prices are written on blackboards displayed in window fronts. Occasionally a hand appears and erases the rates listed for dollars and gold, invariably replacing them with higher prices. Sometimes the prices are rubbed out and the boards left blank. This means the shop has run out of oreign currency. Eight hundred kilometres away, in the eastern city of Mashhad, moneychangers sit on the bonnets of cars, slapping wads of rials on their palms, calling out the spiralling dollar price to passers-by. I asked one of the young men how he knew what the going rate was, given that there was no central marketplace to verify prices. 'You have a mobile, don't you?' He showed me a text message: '3250.' A week earlier, the rate had been 2800 tomans to the dollar (there are ten rials to the toman). The bottom seemed to have fallen out of the market." In: Harris, Kevan. *A Fistful of Tomans: Irans' Currency Wars*. London Review of Books.

A redução da inflação e a atração de investimentos são dois objetivos que devem estar no topo das prioridades do governo iraniano. Certamente, o comportamento de Ahmadinejad não tem ajudado a controlar a inflação, devido a sua política de subsídios e a um programa habitacional extremamente custoso. Apesar disso, a inflação está lentamente desacelerando.

Grupos de economistas têm acusado o governo de ter desvalorizado sua moeda como forma de atender ao seu orçamento deficitário. Taxas mais altas de câmbio do dólar trazem mais moeda iraniana aos cofres do governo quando este consegue vender petróleo (no Irã 90% do câmbio vem da comercialização de petróleo). Desse modo, o governo consegue pagar os salários e financiar seus programas. Essa teoria é refutada pelo ministro da Economia<sup>121</sup>.

Caso o governo consiga controlar a inflação, ainda assim não significa que este conseguirá atrair investimentos privados necessários para reaquecer a economia iraniana. Atualmente, estima-se que 12% da população esteja desempregada<sup>122</sup>, o que demonstra a necessidade de se criarem novos postos de trabalho.

A escassez de medicamentos é outra consequência das sanções, revelando-se como um de seus piores efeitos. Em decorrência das sanções, muitas empresas têm se recusado a vender medicamentos ao Irã. Em consequência, observa-se que muitas pessoas estão tendo sérios problemas de saúde, por não conseguirem encontrar remédios essenciais a seu tratamento. Percebe-se que as empresas não têm se preocupado em utilizar as exceções previstas na legislação que autorizam a venda de medicamentos ao Irã<sup>123</sup>. É recorrente a narrativa em periódicos de que no Irã pacientes que sofrem de doenças tratáveis estão falecendo em função da falta de medicamentos essenciais.

Deve ser lembrado ainda que no Irã existe uma indústria farmacêutica, que sozinha movimenta cerca de três bilhões de dólares por ano<sup>124</sup>. Há quem afirme

---

2013. Disponível em: <http://www.lrb.co.uk/v35/n02/kevan-harris/a-fistful-of-tomans> Acesso em: 23 maio 2013.

121 Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2012/10/03/iran-rial-crisis-currency-fall\\_n\\_1935269.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/10/03/iran-rial-crisis-currency-fall_n_1935269.html)>; <<http://www.forbes.com/sites/ilanberman/2012/10/05/the-contours-of-irans-currency-crisis/>> Acesso em: 22 maio 2013.

122 Disponível em: <<http://samyadghirni.blogfolha.uol.com.br/2013/03/14/contra-a-crise-iranianos-aumentam-gastos/>> 30 maio 2013.

123 Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2012/aug/10/sanctions-iran-ordinary-people-target>; <<http://www.icanpeacework.org/iran/>>; <<http://www.shaheedoniran.org/english/dr-shaheeds-work/latest-reports/3135-special-rapporteurs-february-2013-report-on-the-situation-of-human-rights-in-the-islamic-republic-of-iran.html>>; <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/nov/14/sanctions-stop-medicines-reaching-sick-iranians>> Acesso em: 20 maio 2013.

124 Namazi, Siamak. **Sanctions and Medical Supply Shortages in Iran**. In: Viewpoints No. 20. Middle East Program, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2013. Disponível em Disponível em: <[http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions\\_medical\\_supply\\_shortages\\_in\\_iran.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions_medical_supply_shortages_in_iran.pdf)>

que a raiz da crise de medicamentos foi na realidade a má administração feita pelo governo iraniano<sup>125</sup>.

A indústria farmacêutica é altamente patenteada e não é raro haver monopólio na produção de certos tipos de medicamentos. Nos casos de medicamentos avançados, mais complexos e raros, esse tipo de restrição de mercado é ainda maior. Apesar de medicamentos chineses e indianos serem mais baratos, a qualidade não raro é inferior, além de muitas vezes não haver remédio que substitua o fornecido pelos americanos ou europeus.

A falta de preparo do governo iraniano para conduzir a situação agravou a crise, o que se comprova por meio da demissão da ex-Ministra da Saúde e da Educação Médica Marziyeh Vahid Dastjerdi<sup>126</sup>. No entanto, é inegável que a escassez de medicamentos e de equipamentos começou com o aumento das sanções.

A venda de medicamentos ao Irã em si não é ilegal, mas os bancos iranianos foram excluídos dos mecanismos internacionais utilizados para realizar as transações. Representantes de indústrias farmacêuticas relatam que complicações bancárias são muitas vezes responsáveis por impedir a venda de medicamentos<sup>127</sup>.

A inflação também vem afetando o setor de alimentos. Produtos essenciais à dieta das camadas mais pobres, como o pão, aumentaram de preço consideravelmente nos últimos anos. Outros alimentos, dentre eles o açúcar e diversas frutas, passaram a apresentar preços quatro vezes mais caros. Um dos principais casos de inflação alimentar foi a “crise do frango”. Dentre as causas do aumento no preço do frango estão a inflação e a má conduta do governo em lidar com a situação, como apontam os produtores domésticos<sup>128</sup>. Diversos protestos ocorreram contra este aumento em especial. Em resposta, o governo iraniano

---

. Acesso em: 20/05/2013. A partir desta nota, todas as referências feitas a este relatório foram retiradas da mesma fonte.

125 GEORGE, Marcus; HOSSEINIAN, Zahra. **Sanctions, government blamed for Iran's drugs shortage**. Reuters. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/12/05/us-iran-medicine-idUSBRE8B40NM20121205>>. Acesso em 28 julho 2013.

126 Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-20853142>> Acesso em: 20/05/2013.

127 “For example, an American pharmaceutical company representative informed us that in the fall of 2012, sanctions-related banking complications deterred it from fulfilling a substantial Iranian order for a patented drug this company makes that prevents the body from rejecting a donated organ.[...] The sale was legal, and all the necessary licensing from the U.S.Treasury was in place.” Namazi, Siamak. **Sanctions and Medical Supply Shortages in Iran**. Viewpoints No. 20. Middle East Program, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2013. Disponível em Disponível em: <[http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions\\_medical\\_supply\\_shortages\\_in\\_iran.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions_medical_supply_shortages_in_iran.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2013.

128 MANAUICHEHRI, Yassmin. **Let them eat veggies: behind Iran's chicken crisis**. Disponível em: <<http://iranmediaresearch.org/en/blog/227/12/07/31/1026>> Acesso em: 03/05/2013.

distribuiu frango subsidiado com descontos. Apesar do esforço governamental, o preço da ave apresentou um aumento maior do que 100% de seu valor<sup>129</sup>.

Agravando ainda mais a situação, a queda na arrecadação governamental levou as autoridades a retirarem boa parte dos subsídios alimentares, contribuindo para o aumento de preços<sup>130</sup>. Some-se a isso que os valores dos alugueis dobraram em algumas áreas de Teerã.

A exclusão do Banco Central iraniano do sistema financeiro internacional, além de afetar a vida dos iranianos comuns, impacta também os grupos que se opõem ao governo, uma vez que o Banco Central era o único canal oficial para realizar transferências internacionais de recursos<sup>131</sup>. Ativistas dizem que o regime, ao contrário das pessoas comuns, consegue achar maneiras de burlar as sanções.

Como medida para conter a desvalorização da moeda iraniana, o governo decidiu restringir as importações de bens não essenciais, como celulares e carros, pedindo que a população colaborasse reduzindo o consumo desses bens. Esse anúncio indicou que o governo caminhava rumo a uma política de austeridade e de redução de custos supérfluos, devido à crise econômica que o país enfrenta. Para realizar a importação de bens considerados pelo governo como não essenciais os empresários serão obrigados a comprar dólares, pagando taxas mais altas. Cerca de 20% dos gastos iranianos com importações são destinados à compra de produtos não essenciais<sup>132</sup>. Desse modo, o controle desses gastos é um grande passo no caminho do controle da inflação. Apesar disso, é possível perceber que aqueles que ainda têm condições de consumir não se incomodam em pagar mais para adquirir tais produtos<sup>133</sup>.

Outro impacto na vida dos iranianos decorre das sanções ao petróleo iraniano. Tais restrições levaram à queda da arrecadação e, por conseguinte, o governo se viu obrigado a cortar os subsídios para importação de combustível. Essa medida resultou no aumento no preço da gasolina e no aumento do uso de combustível doméstico<sup>134</sup>. O problema não se resume ao preço do combustível.

129 A Anistia Internacional faz um alerta para a falta de alimentos no Irã, desde 1979, a Anistia vem sendo proibida de implementar ações humanitárias no Irã. Disponível em: <<http://amnesty.org/en/region/iran/report-2013#section-66-5>>; <<http://www.guardian.co.uk/world/iran-blog/2012/jul/23/street-protests-iran-chicken>>. Acesso em: 03 maio 2013.

130 Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2012-06-10/iran-increase-bread-prices-by-as-much-as-33-irna-reports.html>>. Acesso em: 20/05/2013.

131 DEHGHAN, Saeed Kamali. **Sanctions on Iran: ordinary people are the target**. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/aug/10/sanctions-iran-ordinary-people-target>> 03 maio 2013.

132 Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2012-10-14/world/35500754\\_1\\_import-tariffs-goods-sanctions](http://articles.washingtonpost.com/2012-10-14/world/35500754_1_import-tariffs-goods-sanctions)>. Acesso em: 23 maio 2013.

133 Disponível em: <<http://samyadghirni.blogfolha.uol.com.br/2013/04/22/ferraris-e-porsches-em-teera/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

134 “According to e-mails circulated to industry experts and reproduced on unofficial news sites and blogs, Iran’s new supply of domestic gasoline may contain high levels of aromatics — more than twice the level permitted by Iranian law. Burning aromatics in car engines produces exhaust packed with high

A gasolina de origem iraniana possui uma grande quantidade de aromáticos, substâncias que, quando queimadas pelos automóveis, liberam partículas que podem ser prejudiciais à saúde. A piora na qualidade do ar tem afetado diretamente a saúde dos moradores de Teerã, sendo que muitos têm apresentado doenças de pele, respiratórias e oculares. Para tentar combater a poluição o governo tem decretado feriados e estabelecido regras para a circulação de automóveis.

Até mesmo iranianos que vivem em outros países são atingidos pelos efeitos das sanções. Há relatos de que bancos americanos e europeus têm se recusado a manter as contas correntes de iranianos residentes em seu território, alegando impedimento de trabalharem com países que poderiam expô-los à lavagem de dinheiro<sup>135</sup>. Essas pessoas ainda ficam impossibilitadas de transferir seu dinheiro para contas em bancos iranianos, devido à incomunicabilidade que há entre as instituições bancárias. Estudantes iranianos também são afetados, tanto os que pretendem estudar fora, que são recusados nas universidades<sup>136</sup>, quanto os que já estão no exterior e não conseguem mais arcar com os custos referentes aos estudos<sup>137</sup>.

Dentre os estrangeiros mais afetados estão os iranianos-americanos que, de acordo com o relatório do *National Iranian American Council*, vêm enfrentando dificuldades<sup>138</sup> como: a impossibilidade de vender seu imóvel no Irã e transferir o dinheiro para sua conta nos EUA; impedimento de transferir fundos ou bens de origem ou destino no Irã, observando que esses impedimentos muitas vezes são feitos de forma deliberada, sem fundamento legal; impossibilidade de se contribuir com ações de caridade no Irã. Além dessas práticas, muitos desses cidadãos têm sido constrangidos por oficiais da alfândega norte-americana, em razão de suas origens iranianas.

De acordo com o citado relatório, os maiores problemas enfrentados por essa parcela da população americana são: a alta complexidade das sanções; o desconhecimento de grande parte da população das exigências legais feitas pela

---

concentrations of “floating particles” or “particulates” that, added to the typical smog caused by nitrous oxides and ozone, can cause a range of health problems, from headaches and dizziness to more serious cardiac and respiratory complaints.” Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2010/12/22/world/middleeast/22tehran.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/12/22/world/middleeast/22tehran.html?_r=0)> Acesso em: 20 maio 2013.

135 Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/aug/10/sanctions-iran-ordinary-people-target>> Acesso em: 03 maio 2013.

136 Disponível em: <<http://www.icanpeacework.org/iran/>> Acesso em: 27 maio 2013.

137 BAHRAMPOUR, Tara. **Sanctions squeeze iranian students abroad**. Washington Post. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2013-01-26/local/36565067\\_1\\_iranian-currency-iranian-students-increasingly-tough-sanctions/2](http://articles.washingtonpost.com/2013-01-26/local/36565067_1_iranian-currency-iranian-students-increasingly-tough-sanctions/2)>. Acesso em: 23 maio 2013.

138 Unintended Victims: the impact of the Iran sanctions on Iranian Americans. p. 4. Disponível em: <<http://www.paaia.org/CMS/Data/Sites/1/PDFs/UnintendedVictims.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2013. A partir desta nota, todas as referências feitas a este relatório foram retiradas da mesma fonte.

legislação; atividades legais são muitas vezes deliberadamente impedidas por bancos americanos e outros prestadores de serviço, apenas por envolverem iranianos; além desses, outros fatores dificultam o acesso ao sistema bancário, mesmo quando autorizados pelas autoridades americanas.

Esse fenômeno prejudica a frágil relação que há entre EUA e Irã. Conforme anteriormente mencionado os dois países não mantêm relações diplomáticas desde 1979. As poucas formas de interação e convivência entre as duas nações se davam, por exemplo, por meio de intercâmbios estudantis. A formação acadêmica oferecida a estrangeiros é uma forma dos EUA exercerem seu *soft power*, uma vez que esse iraniano educado em solo norte-americano um dia pode voltar ao Irã e difundir e lutar pelos valores que foram a ele ensinados. Desse modo as sanções podem gerar resultados que sejam contrários aos próprios interesses norte-americanos, distanciando ainda mais os dois países e prejudicando uma solução diplomática para os impasses existentes.

Atualmente, é possível perceber que a situação dos direitos humanos no Irã é crítica. Organizações internacionais tem se dedicado a tentar reverter essa condição, ajudando a compreender o que ocorre no país<sup>139</sup>.

De acordo com o relatório *What the Women Say: Killing them Softly: the Stark Impact of Sanctions on the Lives of Ordinary Iranians* produzido pelo *International Civil Society Action Network — for Women's Rights, Peace and Security* (ICAN), o impacto das sanções tem sido sem precedentes e devastador<sup>140</sup>. Os grupos da sociedade civil de maior ativismo como estudantes, trabalhadores, mulheres, líderes de grupos étnicos e minorias religiosas são os primeiros a serem afetados pelas sanções, além de serem alvo de maior repressão estatal em função de um “estado de emergência” causado pela situação política atual.

Uma das formas do governo lidar com a piora na qualidade de vida das pessoas e o descontentamento da população foi proibir que a mídia divulgasse qualquer tipo de informação relativa aos efeitos das sanções.

139 United Nations Special Rapporteur on the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran (ONU) Disponível em: <<http://www.shaheedoniran.org/english/dr-shaheeds-work/latest-reports/3135-special-rapporteurs-february-2013-report-on-the-situation-of-human-rights-in-the-islamic-republic-of-iran.html>>; *Killing Them Softly: The Stark impact of Sanctions on the Lives of Ordinary Iranians* (ICAN) <<http://www.icanpeacework.org/iran/>>; *Sanctions and Medical Supply Shortages in Iran* (Woodrow Wilson Center) <[http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions\\_medical\\_supply\\_shortages\\_in\\_iran.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions_medical_supply_shortages_in_iran.pdf)>; *Unitended Victims: The Impact of the Iran Sanctions on Iranian Americans* (the Asian Law Caucus, the Iranian AmericanBar Association, the National Iranian American Council and the Publica Affairs Alliance of Iranian Americans) <<http://www.paaia.org/CMS/Data/Sites/1/PDFs/UnintendedVictims.pdf>>; *Sanctioning Iran: Implications and Consequences* (Oxford Research Group) Disponível em: <[http://www.oxfordresearchgroup.org.uk/publications/briefing\\_papers\\_and\\_reports/sanctioning\\_iran\\_implications\\_and\\_consequences](http://www.oxfordresearchgroup.org.uk/publications/briefing_papers_and_reports/sanctioning_iran_implications_and_consequences)>. Acesso em: 03 junho 2013.

140 Disponível em: <<http://www.icanpeacework.org/iran/>>. Acesso em: 20 maio 2013.



Ao contrário dos setores formais da economia, uma atividade que se beneficiou e se desenvolveu durante a crise foi o comércio no mercado negro. Com a escassez de vários itens essenciais aos iranianos devido às sanções, itens que variam de dólares até remédios, a procura pelo fornecimento ilegal de produtos tem aumentado, se tornando, muitas vezes, a única fonte de obtenção dos mesmos.

O mercado de cambio informal tem sido muito utilizado pela população, tendo em vista as restrições impostas pelo governo para a compra de moeda estrangeira. O governo tem inclusive adotado ações para combater essa atividade<sup>141</sup>.

A existência do mercado negro permite perceber a deficiência das sanções, demonstrando a capacidade adaptativa das economias afetadas<sup>142</sup>. Esse tipo de comércio gera certo alívio à população, que sofre com a escassez de produtos. Devido ao longo período em que o Irã tem sido submetido a restrições, já se desenvolveu um tipo de expertise em burlá-las<sup>143</sup>. O mercado negro atualmente representa um importante setor da economia iraniana, chegando a movimentar mais de cinco bilhões de dólares por ano<sup>144</sup>, mas é certo que vem enfrentando dificuldades devido ao aumento dos custos de operação.

### 3.2 – Depoimentos

Alguns episódios pontuais, mas que são representativos de um quadro maior foram divulgados pela mídia e pelas organizações de direitos humanos, retratando o impacto que as sanções causam à população iraniana. Achou-se válido aqui usar uma seleção destes depoimentos, concedidos a alguns periódicos e, sobretudo, à *Sanctioned Life*, um projeto internacional independente que visa justamente documentar o impacto social das sanções econômicas.

141 “If you go to Iran now it will be really hard to find U.S. dollars - you have to buy them in the black market” TORCHIA, Andrew. **Iran government likely to win battle of wills over currency**. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/10/09/us-iran-currency-idUSBRE8980HG20121009>>. Acesso em: 03 junho 2013.

142 “While it’s unrealistic to expect that you can isolate Iran from the international economy,” “the narrower and more realistic goal of raising their cost of doing business may change their leaders’ calculations.” LANDLER, Mark; SAVAGE, Charlie. **Black market shows Iran can adapt to sanctions**. New York Times Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?_r=0)>. Acesso em: 23 maio 2013.

143 LANDLER, Mark; SAVAGE, Charlie. **Black market shows Iran can adapt to sanctions**. New York Times Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?_r=0)>. Acesso em: 23 maio 2013.

144 NASSERI, Ladane; SALEHI, Yeganeh. **Iran’s smugglers feel the squeeze**. Bloomberg. Disponível em: <<http://www.businessweek.com/articles/2012-08-02/irans-smugglers-feel-the-squeeze>>. Acesso em: 23/05/2013.

É o caso noticiado pelo Jornal *The Guardian*, referente ao menino Manouchehr Esmaili-Liousi, de 15 anos. Este adolescente sofria de hemofilia e faleceu em novembro do ano passado devido à falta de um medicamento essencial para sua sobrevivência<sup>145</sup>. De acordo com o diretor da Sociedade de Hemofílicos do Irã, 75% dos remédios usados no tratamento dessa doença são produzidos nos EUA e na União Europeia. Esse número mostra a dependência que o Irã tem da importação de remédios. Com a suspensão das importações, em razão do embargo, a população iraniana se vê desamparada. A organização de caridade *Iran's Charity Foundation for Special Diseases* também denuncia que a escassez de medicamentos é especialmente perigosa para aqueles pacientes sofrendo de hemofilia, câncer e esclerose múltipla<sup>146</sup>. Esta organização, que possui grande reconhecimento internacional, inclusive da ONU, pelos seus trabalhos no Irã, Iraque e Afeganistão, enviou uma carta ao Secretário Geral da ONU Ban Ki-moon, cujo trecho foi disponibilizado pela rede de notícias Al-Jazeera<sup>147</sup>.

Outro caso é relatado em depoimento anônimo à organização *Sanctioned Life*. Ele conta o drama vivido por uma colega de trabalho. A filha de sua colega, após não ter conseguido pagar as taxas de sua faculdade, ficou muito estressada, essa situação a levou a ter um ataque epilético. A menina foi levada ao hospital, após esse episódio sua colega reportou um novo problema, encontrar o remédio para o controle da doença. De acordo com ela esse medicamento, além de ser extremamente caro, não está disponível em nenhuma farmácia. Durante a tentativa de consolar sua colega, foi levantado o assunto por um outro funcionário sobre a escassez de remédios para diabéticos, que também vêm encontrando problemas para encontrar medicação específica para o tratamento dessa doença<sup>148</sup>.

O depoimento prestado pelo jovem iraniano Kazem Soltani à mesma organização narra de maneira emocionada como o regime iraniano em conjunto com as sanções impostas vêm prejudicando a ele e a sua família. Seu pai,

145 DEHGHAN, Saeed Kamali. Haemophiliac iranian boy “dies after sanctions disrupt medicine supplies”. *The Guardian*. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/nov/14/sanctions-stop-medicines-reaching-sick-iranians>>. Acesso em: 24 maio 2013.

146 Ibid.

147 “Although drugs have not been sanctioned, due to the impossibility of paying for the imported drugs through the banking system, the heavy shadow of the sanctions is felt in the health sector. Not only has importing drugs been disrupted, importing the raw chemicals [for the drugs that Iran does produce] has also been disrupted... As a human activist, I call on humanity’s conscience to pay attention to the fact that, despite the claims by those that have imposed the sanctions, their pressure is having its destructive effect on the life and health of the people.” SAHIMI, Muhammad; SADEGHI-BOROUJERDI, Eskandar. *The unfolding human catastrophe in Iran*. Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/10/20121023101710641121.html>>. Acesso em: 24 maio 2013.

148 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=307>>. Acesso em: 31 maio 2013.

portador do mal de Alzheimer e de câncer não consegue pagar pela necessária quimioterapia, muito menos pelos remédios que impedem o avanço da doença neurológica. Ele critica aqueles que advogam em favor das sanções. Em sua visão, as sanções enfraquecem a população e fazem com que esse tipo de mobilização social (uma revolta no caso) se torne mais improvável<sup>149</sup>.

Em outro depoimento anônimo dado à organização *Sanctioned Life*, um vendedor de frango conta que, devido ao aumento do preço do frango, pessoas estão tendo que abrir mão da presença dessa carne em suas casas, uma vez que o valor já se encontra tão alto que muito iranianos não conseguem mais arcar com seu custo. De acordo com esse depoimento o vendedor de frangos afirmou que a tendência é que os preços continuem subindo e que cada vez mais pessoas não consigam comprar esse tipo de carne<sup>150</sup>.

Além das autoridades americanas, muitas empresas têm sido responsáveis por claras discriminações, baseadas apenas na nacionalidade. De acordo com depoimento de uma iraniana, sob o pseudônimo de Ghazal, podemos observar que muitas empresas americanas estão recusando a contratação de funcionários devido a sua origem iraniana. Ela conta que, após completar seu Phd nos EUA, estava procurando por um emprego, mas, apesar de sua área de especialização estar em alta, tem tido grande dificuldade de encontrar uma colocação. Ela conta que em diversas entrevistas os empregadores afirmam que gostariam de tê-la contratado, mas acrescentam que, por conta de sua origem iraniana, não poderiam fazê-lo. Uma das empresas chegou a afirmar que se a contratasse, seriam obrigados a perguntar a seus clientes se eles aceitariam trabalhar com uma iraniana. Ela se diz altamente frustrada devido a essa situação e afirma que seus colegas iranianos têm passado pela mesma situação. Ghazal tem consciência de que, apesar das dificuldades por ela enfrentadas, a situação no Irã está bem pior e faz a observação de que as sanções não conseguem afetar os governos, enquanto a população é altamente prejudicada. Para ela deve haver outra forma de solucionar as diferenças entre os governos<sup>151</sup>.

Outro caso é contado sob o pseudônimo de Mahin. Esse depoimento fala sobre as crianças iranianas que, devido à falta de alimentos em casa, chegam à escola com fome. Além disso, ela relata a solicitação feita pelas escolas aos seus estudantes para que levem dinheiro para pagar pela calefação, já que as escolas não possuem mais os recursos para manter os aquecedores funcionando. O problema é que, como poucas pessoas conseguem doar a quantia necessária, os

149 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=272>>. Acesso em: 27 maio 2013.

150 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=212>>. Acesso em: 27 maio 2013.

151 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=110>>. Acesso em: 27 maio 2013.

aquecedores continuam desligados. Ela se pergunta como se dará o aprendizado das estudantes nessas condições<sup>152</sup>.

Também tratando sobre educação há o depoimento de Hooma Askary, estudante atualmente morando na Suécia, que conta que seu irmão mais novo não teve a mesma oportunidade de permanecer estudando no exterior, devido à desvalorização do rial, que o obrigou a retornar ao Irã, onde permanece desempregado e sem perspectiva de melhora<sup>153</sup>.

Em outro depoimento, o estudante identificado apenas como Mohammad, residente dos EUA, relata a impossibilidade de realizar doações aos iranianos que foram afetados pelo terremoto de 2012. Além disso, o jovem conta que devido à impossibilidade de se comercializar bens de uso duplo (civil e militar), as equipes de resgate ficaram mal equipadas para realizar salvamentos, o que pode ter resultado na vitimização de mais pessoas. Outro caso trazido pelo estudante diz respeito às sanções impostas contra a aviação iraniana. Ele informa que perdeu duas pessoas que lhe eram próximas em um acidente de avião, ocorrido devido à impossibilidade de se atualizar a frota de aviões iranianos. Sua conclusão sobre as sanções é a seguinte: “Eu acredito que esses exemplos sejam suficientes para provar que as sanções destinadas ao governo iraniano irão inevitavelmente causar o sofrimento do povo iraniano” (tradução nossa)<sup>154</sup>.

Dois casos similares demonstram a discriminação que sofrem os iranianos fora do Irã. De acordo com o depoimento de Ata Tehranchi, residente no Canadá, o banco em que tinha sua conta corrente, encerrou-a unilateralmente, transferindo a quantia que lá estava para a conta de seu cartão de crédito. O banco ao notificá-lo admitiu que nunca houve nenhuma transferência realizada com contas em bancos iranianos, mas, mesmo assim, decidiu não manter a conta de Ata. Ocorre que a conta do cartão de crédito está inacessível e o depoente não consegue recuperar seu dinheiro. Ele espera que os bancos assumam sua responsabilidade, caso contrário se vê obrigado a acionar a justiça para ter seus direitos preservados<sup>155</sup>.

Outro caso similar ocorreu na Itália, com Amir Rashidy, que teve seu salário bloqueado pelo banco, apenas pelo pagamento ter sido recebido em dólares americanos. O banco obrigou o correntista a prestar informações sobre aquela

152 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=309>>. Acesso em: 27 maio 2013

153 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=251>>. Acesso em: 27 maio 2013.

154 “I believe that these examples are enough to prove that the sanctions that are aimed at the Iranian government will inevitably cause the suffering of the Iranian people. Sanctions on Iran are collective punishment of a nation that is already being brutally oppressed by their government. Imposing Sanctions against a nation should not be viewed less than waging war.” Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=228>>. Acesso em: 27 maio 2013.

155 Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=157>>. Acesso em: 27 maio 2013.

transferência. Felizmente, após as explicações terem sido dadas, o dinheiro foi devolvido. Amir posteriormente foi recusado em um emprego por ser iraniano. Sua nacionalidade levantava questões de segurança, pois a empresa trabalhava produzindo peças para aviões<sup>156</sup>.

### 3.3 — Observações finais ao capítulo

Pelo exposto neste capítulo é possível observar que, além de ter impactos nas esferas governamentais, os efeitos mais graves das sanções estão presentes na vida de iranianos comuns, aonde quer que eles estejam. A atual extensão das sanções tem tornado cada vez mais difícil o dia-a-dia da população, que não consegue encontrar maneiras de escapar das restrições.

Pode-se concluir, portanto, que as sanções têm gerado um caos econômico, político e social sem precedentes no Irã. A arrecadação com a venda de petróleo cai, a taxa de desemprego aumenta, os bancos iranianos não conseguem transacionar com a grande maioria dos bancos mundiais. Essa situação tem como consequências queda na receita, desvalorização da moeda iraniana frente às outras e principalmente frente ao dólar, já que os bancos iranianos não conseguem comprar a moeda norte-americana por não participarem do sistema financeiro internacional, fatores estes que levam a um aumento da inflação. A inflação desenfreada que assola o Irã resulta na queda da capacidade de compra da sociedade, que não consegue mais arcar com o custo de produtos essenciais como frango ou remédios. A cada dia que passa a situação se agrava. Por conta dessas dificuldades pessoas morrem por falta de medicamentos, outras passam fome devido à escassez e aos altos preços dos alimentos, o índice de desemprego é alto, bem como os custos de moradia. Desse modo, podemos observar que as válvulas de escape, as exceções previstas pelos americanos e europeus, não estão na verdade funcionando, principalmente por conta das sanções bancárias e financeiras.

### Conclusão

Este trabalho pretendeu demonstrar os impactos causados pelas sanções impostas pelos EUA, União Europeia e CSONU à sociedade iraniana.

Como exposto no primeiro capítulo, a política de aproximação norte-americana para o Irã, desenvolvida desde 1979, se baseou na dualidade entre incentivos e pressões, a chamada *dual track policy*. Em decorrência dessa opção

---

<sup>156</sup> Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=229>>. Acesso em: 27 maio 2013.

das lideranças norte-americanas, nunca foi alcançado um franco diálogo entre as duas nações, inviabilizando a via diplomática. Ambas as partes nunca colocaram, verdadeiramente, as cartas na mesa e se desfizeram de pré-condições para negociar, gerando descrença no processo e dificultando o sucesso das tratativas. Como resultado de sucessivos fracassos nas negociações, as sanções foram impostas. Nunca antes houve sanções tão graves ao Irã, sendo possível atribuir esse agravamento a dois fatores: primeiramente, o avanço do programa nuclear iraniano, com o desenvolvimento de tecnologia de enriquecimento de urânio a níveis que possibilitam a construção de armas nucleares; em segundo lugar, a política externa tida como radical de Mahmoud Ahmadinejad, que também contribuiu para a construção de um cenário propício à imposição de sanções. Diante disso, não só os EUA, mas também a União Europeia e o CSONU comecem a impor sanções mais fortes contra o Irã.

O segundo capítulo procurou elencar as principais sanções impostas ao Irã, demonstrando as diferenças entre aquelas adotadas pelos EUA e pela União Europeia, daquelas impostas pelo CSONU. As sanções multilaterais impostas no CSONU são de observância obrigatória de todos os países membros das Nações Unidas. Apesar dessa amplitude, as sanções do CSONU são mais bem direcionadas do que as sanções norte-americanas ou europeias. As restrições adotadas pelo sistema ONU são direcionadas a atingir objetivos claros e bem definidos (*targeted sanctions*), afetando a um indivíduo ou a uma corporação específica, se preocupando em não gerar um mal estar à sociedade iraniana, reconhecendo que esta é vítima das ações governamentais. As sanções norte-americanas, por outro lado, apesar de apresentarem diversas exceções de cunho humanitário, buscam produzir efeitos gerais (*comprehensive sanctions*), principalmente devido às restrições financeiras e direcionadas ao setor petrolífero iraniano. Essas sanções destroem a base da economia iraniana e têm gerado efeitos colaterais gravíssimos. As sanções europeias se enquadram no mesmo modelo norte-americano, o que se percebe pela exclusão dos bancos iranianos do sistema SWIFT e a proibição de compra do petróleo iraniano. Importante lembrar que a Europa era o maior parceiro comercial do Irã e que o sistema SWIFT de comunicação é utilizado por quase todos os bancos do mundo, restando pouquíssimas opções para burlar esse tipo de sanção.

Por fim, no último capítulo foram descritos os impactos que as sanções têm produzido na sociedade iraniana, demonstrando seus efeitos colaterais, que afetam aqueles que não são seu verdadeiro alvo. Em nome da contenção do programa nuclear iraniano, os países sancionadores corroboram a violação de direitos humanos. Mortalidade de pacientes por falta de medicamentos, escassez

de alimentos, inflação alta, crise financeira, desemprego em massa, são apenas algumas das mazelas que acometem a população por conta das restrições impostas.

Deve ser destacado que, apesar do discurso ocidental de que as sanções não almejam afetar a sociedade iraniana e da existência das exceções previstas na legislação, ainda assim a população sofre com a inflação, com o desemprego e com a falta de produtos essenciais.

Não se trata apenas de uma redução da qualidade de vida devido a um aumento de preços. Estamos diante de séria escassez de medicamentos, de alimentos com valores quatro vezes mais caros, itens essenciais que não podem ser substituídos, produtos cuja ausência terminam por levar pessoas à morte e a grandes sofrimentos, além de deixar boa parte da população a mercê do mercado negro. A situação foi muito bem definida por Trita Parsi, presidente do *National Iranian American Council* e autor do livro *A Single Roll of the Dice: Obama's Diplomacy with Iran* quando afirma: "As sanções estão afetando o país inteiro, mas são as pessoas que carregam o fardo e possuem a menor habilidade de se proteger desta pressão" (tradução livre)<sup>157</sup>.

As lideranças mundiais tinham consciência de que a imposição de sanções afetaria a população. A maioria desses impactos poderia ter sido antecipada, sendo crível que o risco foi assumido pelas potências ocidentais. Na verdade, o que parece existir é uma falha legislativa, pois, se por um lado as normas autorizam a comercialização de itens de utilização humanitária, por outro não permitem acessar os mecanismos necessários para realizar essas aquisições. As sanções bancárias e financeiras, da maneira como estão postas, continuam a não permitir que bancos iranianos acessem o sistema financeiro internacional. Mesmo que empresas iranianas desejassem, por exemplo, importar medicamentos, a falta de dólares e a impossibilidade de se realizar transferências internacionais faz com que isso seja inviável. Assim, de nada serve a possibilidade de comprar remédios e bens essenciais se não há algum mecanismo que permita que as transações sejam realizadas. Além desses fatores, ainda se verifica a resistência de algumas empresas ocidentais em exportar para o Irã. Desse modo, ainda que fosse revisto o sistema de sanções, subsistiria outro problema, a necessidade de se criar incentivos para que as empresas norte-americanas e europeias desejem vender para o Irã.

Some-se a isso que o Irã, desde 1979, se afastou do Ocidente. As poucas formas de interação entre as nações sancionadoras e o Irã eram o comércio e

---

157 "Sanctions are affecting the entire country, but it is the people that bear the brunt and have the least ability to protect themselves from this pressure," — Trita Parsi. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/iran-blog/2012/oct/16/how-iran-sanctions-affecting-you>>. Acesso em: 27 maio 2013.

o intercâmbio de estudantes e turistas. Com as sanções, essas formas de interação têm cessado. Os estudantes não conseguem mais arcar com os custos da educação, as trocas foram suspensas pelas sanções e os aviões de companhias aéreas iranianas vêm sofrendo grandes restrições, não apenas de trânsito, mas também de aquisição de peças essenciais para a sua atividade. A continuidade dessa situação deve apenas agravar esse distanciamento, devendo ser lembrado que essas formas de interação serviam de mecanismo para exercício do *soft power* norte-americano e que os efeitos desse distanciamento podem vir inclusive a prejudicar os interesses norte-americanos no Irã.

As sanções comprometem a estabilidade do Irã, devido a seus efeitos na economia. A despeito disso, nada indica que o governo iraniano venha a recuar. Em mais de trinta anos de história todas as vezes que o Irã foi pressionado por suas ações, a reação apresentada foi a de intensificar a conduta questionada, com o consequente agravamento da crise. Apesar do alto custo político, o programa nuclear iraniano segue avançando, não havendo perspectivas de mudança.

É pertinente mencionar que a ascensão de determinados atores no sistema internacional, como Índia e China, modificam a forma com que as sanções impactam os países alvos. Apesar do sofrimento gerado pelas sanções o Irã tem encontrado uma forma de alívio nesses dois parceiros comerciais, que vêm cada vez mais ocupando o espaço deixado por companhias norte-americanas e europeias. Entretanto, não devemos desconsiderar a probabilidade das sanções se agravarem, ainda mais, com o evidente prejuízo à população.

Os efeitos políticos, no entanto, não foram e provavelmente não serão alcançados por meio de sanções. O governo de Mahmoud Ahmadinejad parece disposto a enfrentar qualquer dificuldade para manter o desenvolvimento de seu programa nuclear. Além disso, deve se considerar os impactos negativos que as sanções exercem sobre a oposição, uma vez que foram responsáveis por eliminar boa parte das formas de financiamento antes existentes. Apesar da presente estagnação no cenário político que envolve as sanções, as eleições presidenciais iranianas se aproximam e com ela surge novamente a esperança de que com a eleição de um novo presidente seja possível a retomada do diálogo. Some-se a isso que o presidente norte-americano Barack Obama acaba de ser reeleito. Dessa forma, os líderes dos dois países terão cerca de três anos de mandato restantes para poderem negociar. Esse detalhe favorece a via diplomática, uma vez que, por conta da complexidade das negociações, é necessário tempo e estabilidade política para que se alcance um acordo. A perspectiva de mudança se torna mais animadora com a expectativa de que o candidato moderado Hassan Rohani tenha um bom desempenho nas próximas eleições.



Portanto, é forçoso concluir que as sanções não representam uma estratégia adequada para lidar com a questão iraniana. Os custos sociais por elas impostos são injustos: enquanto a população sofre, o governo encontra meios de se manter praticamente incólume. Não se afirma aqui que as sanções afetam apenas a população, mas, de certo, esta é mais gravemente afetada do que o governo. Ressalta-se a acertada observação acima feita de que a população possui menor habilidade de se proteger da pressão imposta pelas sanções.

Não se deve deixar o Irã chegar ao mesmo estado causado pelas sanções ao Iraque na década de 1990, quando 500.000 crianças morreram por falta de medicamentos. As potências ocidentais e o CSONU devem perceber que essa estratégia, utilizada há mais de 30 anos, não está produzindo os resultados desejados, pelo contrário, as sanções radicalizaram a posição iraniana e impulsionearam o desenvolvimento de seu programa nuclear. Por isso, novas opções, ou opções antigas não utilizadas, devem compor a estratégia de aproximação para o Irã. Apesar de não considerar a *dual track* como uma estratégia apropriada para lidar com a situação, o atual cenário nos leva a reconhecer que as sanções, por terem tido tamanho impacto na sociedade iraniana, geraram poder de barganha para as nações ocidentais. Tal fato possibilita que em futuras negociações o levantamento de sanções possa ser oferecido em troca de concessões por parte do governo iraniano no que concerne a seu programa nuclear.

## Fontes Bibliográficas

### Artigos

Article by H.E. Ahmet Davutoglu published in Foreign Policy magazine (USA) On 20 May 2010. Disponível em: <[http://www.mfa.gov.tr/article-by-h\\_e\\_-ahmet-davutoglu-published-in-foreign-policy-magazine-\\_usa\\_-on-20-may-2010.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/article-by-h_e_-ahmet-davutoglu-published-in-foreign-policy-magazine-_usa_-on-20-may-2010.en.mfa)>. Acesso em: 27 maio 2013.

CLAWSON. Patrick. U.S. Sanctions. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/sites/iranprimer.usip.org/files/U.S.%20Sanctions.pdf>> Acesso em: 04 março 2013.

CASWELL, Robert. Economic Sanctions and the Iran Experience. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/articles/35846/robert-caswell/economic-sanctions-and-the-iran-experience>> Acesso em: 23 julho 2013.

GALTUNG, Johan. **On the Effects of International Economic Sanctions: With Examples of the Case of Rhodesia**. World Politics. Vol. 19, 1967. Disponível em: <[http://www.stanford.edu/class/ips216/Readings/galtung\\_67.pdf](http://www.stanford.edu/class/ips216/Readings/galtung_67.pdf)> Acesso em 28 maio 2013.

HAASS. Richard N. **Sanctioning Madness**, Foreign Affairs, Vol. 76, 74-85. 1997.

HAASS. Richard N. **The George H. W. Bush Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/george-hw-bush-administration>> Acesso em: 09 maio 2013.

HADLEY, J. Stephen. **The George W. Bush Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/george-w-bush-administration>>. Acesso em 11 março 2013.

HARRIS, Kevan. **A Fistful of Tomans: Irans' Currency Wars**. London Review of Books. 2013. Disponível em: <http://www.lrb.co.uk/v35/n02/kevan-harris/a-fistful-of-tomans> Acesso em: 23 maio 2013.

KAEMPFER, Willian H.; LOWEMBERG, Anton D. **Unilateral Versus Multilateral International Sanctions: a Public Choice Perspective**, International Studies Quarterly, Vol. 43, No 1, 1999.

KATZMAN, Kenneth. **The Iran Sanctions Act (ISA)**. Disponível em: < <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RS20871.pdf> >. Acesso em: 09 abril 2013.

LIMBERT, John. **The Obama Administration**. The Iran Primer. Disponível em:<<http://iranprimer.usip.org/resource/obama-administration>>. Acesso em: 09 maio 2013.

RIEDEL, Bruce O. **The Clinton Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/sites/iranprimer.usip.org/files/The%20Clinton%20Administration.pdf>>. Acesso em: 06 março 2013.

RUBIN, Barnett; BATMANGLICH, Sara. **The US and Iran in Afeganistan: Policy Gone Awry**. MIT Center for International Studies. Outubro de 2008. Disponível em: <[http://web.mit.edu/cis/editorspick\\_rubin08\\_audit.html](http://web.mit.edu/cis/editorspick_rubin08_audit.html)> 09 maio 2013.

SALEHI-ISFAHANI, Djavad. **Iran's economy after devaluation**. Lobe Log foreign policy. Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.lobelog.com/irans-economy-after-devaluation/>>; Acesso em: 22 maio 2013.

SICK, Gary. **The Carter Administration**. Disponível em: <<http://iranprimer.usip.org/resource/carter-administration-0>>. Acesso em 08 maio 2013.

SPEKTOR, Mathias. **How to read Brazil's stance on Iran**. Disponível em: <<http://www.cfr.org/brazil/read-brazils-stance-iran/p21576>>. Acesso em: 30 julho 2013.

SPEKTOR, Mathias. **Why Brazil is a broker with Iran**. Disponível em: <<http://www.cfr.org/brazil/why-brazil-broker-iran/p22139>>. Acesso em: 30 julho 2013.

TAKEYH, Ray; MALONEY, Suzanne. **The self-limiting success of Iran sanctions**. In: *International Affairs* 87:6 (2011) 1297-1312.

TOSTENSEN, Arne; BULL, Beate. **Are Smart Sanctions Feasible?**. *World Politics*. Cambridge, Vol. 54, n. 3, p. 374, 2002

#### **Bibliografia**

ABRAHAMIAN, Ervand. **The History of Modern Iran**. Cambridge University Press. New York. 2008

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. Editora Atlas. São Paulo. 2008.

COATSWORTH, John H. **The Cold War in Central America, 1975-1991**, em LEFFLER, Melvyn P.; WESTAD, Odd Arne. **The Cambridge History of the Cold War v.III**. Cambridge University Press. Cambridge. 2010.

DREZNER, Daniel W. **The Sanctions Paradox**. Cambridge University Press. Cambridge. 1999.

FARRAL, Jeremy Matam. **United Nations Sanctions and the Rule of Law**. Cambridge University Press. New York. 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2004.

PARSI, Trita. **A single roll of the dice**. Yale University Press. 2012.

REYNOLDS, David. **One World Divisible: A Global History since 1945**. WW Norton. New York. 2001.

SHAW, Malcolm M. **Direito Internacional**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2003.

#### Depoimentos

**Amir's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=229>>. Acesso em: 27 maio 2013.

**Ata's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=157>>. Acesso em: 27 maio 2013.

**Azar's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=307>>. Acesso em: 31 maio 2013.

**Arezoo's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=212>>. Acesso em: 27 maio 2013.

**Ghazal's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=110>>. Acesso em: 27 maio 2013.

**Hooman's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=251>> Acesso em: 27 maio 2013.

**Kazem's story**. Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=272>>. Acesso em: 27 maio 2013.

**Mahin's story.** Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=309>> Acesso em: 27 maio 2013

**Mohammad's story.** Disponível em: <<http://sanctionedlife.com/?p=228>> Acesso em: 27 maio 2013.

### Dissertações

SABET, Farzan. **The Legacy of United States Economic Sanctions on the Islamic Republic of Iran's Domestic Politics, Economy, and Foreign Policy: 1989-Present.** Graduate Institute of International and Development Studies. Geneva. 2012.

### Fontes oficiais

**A short history of the department of state. The Iranian hostage crisis.** Disponível em: <<http://history.state.gov/departments/history/short-history/iraniancrises>>. Acesso em: 03 junho 2013.

**Adoption of UN Security Council Resolution 1929 on Iran.** Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/06/142914.htm>>. Acesso em: 04 abril 2013.

**Appointment of Dennis Ross as Special Advisor for The Gulf and Southwest Asia.** Disponível em: <<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2009/02/119495.htm>>. Acesso em 07 maio 2013.

**Attorney General Statement.** Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/2001/June/275ag.htm>>. Acesso em: 06 março 2013.

European Commission Trade. **Countries and regions. Iran.** Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/iran/>>. Acesso em: 16 maio 2013.

European Union External Action. **The European Union and Iran.** Disponível em: <[http://eeas.europa.eu/top\\_stories/2012/130412\\_iran\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/top_stories/2012/130412_iran_en.htm)>. Acesso em: 16 maio 2013.

**George Bush Inaugural Address.** Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16610>> Acesso em: 07 março 2013.

**Interests sections of the Islamic Republic of Iran.** Disponível em: <<http://www.daftar.org/Eng/default.asp?lang=eng>>. Acesso em: 09 maio 2013.

**Presidential Executive Orders.** Disponível em: <[http://answers.usa.gov/system/selfservice.controller?CONFIGURATION=1000&PARTITION\\_ID=1&CMD=VIEW\\_ARTICLE&USERTYPE=1&LANGUAGE=en&COUNTRY=US&ARTICLE\\_ID=10008](http://answers.usa.gov/system/selfservice.controller?CONFIGURATION=1000&PARTITION_ID=1&CMD=VIEW_ARTICLE&USERTYPE=1&LANGUAGE=en&COUNTRY=US&ARTICLE_ID=10008)>. Acesso em: 12 maio 2013.

**Security Council imposes additional sanctions on Iran, voting 12 in favour to 2 against, with 1 abstention.** United Nations. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2010/sc9948.doc.htm>>. Acesso em: 18 março 2013.

**Security Council Tightens Restrictions on Iran's proliferation-sensitive nuclear activities, increases vigilance over Iranian bank, has states inspect cargo.** Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sc9268.doc.htm>>. Acesso em: 13 março 2013.

**SIMON, Bale. SWIFT instructed to disconnect sanctioned Iranian banks following EU Council decision.** 15/03/2012. Disponível em: <[http://www.swift.com/news/press\\_releases/SWIFT\\_disconnect\\_Iranian\\_banks](http://www.swift.com/news/press_releases/SWIFT_disconnect_Iranian_banks)>. Acesso em: 19 maio 2013.

**State of the Union Address (January 29, 2002).** Miller Center. University of Virginia. Disponível em <<http://millercenter.org/president/speeches/detail/4540>>. Acesso em 06 março 2013.

**Statement by the Iranian Government and Visiting EU Foreign Ministers.** International Atomic Energy Agency. 21/10/2003. Disponível em: < [http://www.iaea.org/newscenter/focus/iaeaيران/statement\\_iran21102003.shtml](http://www.iaea.org/newscenter/focus/iaeaيران/statement_iran21102003.shtml)>. Acesso em: 11 março 2013.

**What you need to know about Treasury Restrictions.** Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/wmd.pdf>>. Acesso em: 13 março 2013.

World Trade Organization. Accessions — Iran, Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/a1\\_iran\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_iran_e.htm)>. Acesso em: 16/05/2013.

## Jornais

**1980: Tehran hostage rescue mission fails.** Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/25/newsid\\_2503000/2503899.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/25/newsid_2503000/2503899.stm)>. Acesso em 23 julho 2013.

ADGHIRNI, Samy. **Contra a crise, iranianos aumentam gastos.** Disponível em: <<http://samyadghirni.blogfolha.uol.com.br/2013/03/14/contr-a-crise-iranianos-aumentam-gastos/>> 30/05/2013.

\_\_\_\_\_. **Ferraris e Porches em Teerã.** Disponível em: <<http://samyadghirni.blogfolha.uol.com.br/2013/04/22/ferraris-e-porsches-em-teera/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

**Barack Obama's Inaugural Address.** New York Times. 20/01/2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/01/20/us/politics/20text-obama.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 13 março 2013.

BERMAN, Ilan. **The contours of Iran's Currency Crisis.** Forbes. Maio de 2012. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/ilanberman/2012/10/05/the-contours-of-irans-currency-crisis/>>; Acesso em: 22 maio 2013.

BLACK, Ian. **Barack Obama offers Iran 'new beginning' with video message.** The Guardian. Março de 2009. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/20/barack-obama-video-iran>>. Acesso em: 14 março 2013.

**Black Market shows Iran can adapt to sanctions.** New York Times. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?_r=0)>. Acesso em: 23 maio 2013.

BOWDEN, Mark. **The Desert One Debacle**. The Atlantic. 01/05/2006. Disponível em: <[http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2006/05/the-desert-one-debacle/304803/?single\\_page=true](http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2006/05/the-desert-one-debacle/304803/?single_page=true)> Acesso em: 04 março 2013.

CALABRESI, Massimo. SCHERER, Michael. Dennis Ross, **Iran Adviser, Moves to White House**. Time Magazine. Disponível em: <<http://www.time.com/time/politics/article/0,8599,1904788,00.html#ixzz2SdmuSZM4>>; Acesso em 07 maio 2013.

CORERA, Gordon. **Iran's gulf of misunderstanding with US**. BBC. 25/09/2006. Disponível em <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/5377914.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/5377914.stm)>. Acesso em: 28 maio 2013.

DAREINI, Ali Akbar; MURPHY, Brian. **Iran Rial Crisis: Currency Fall Leads to Tighter Measures**. Huffington Post. Março de 2012. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2012/10/03/iran-rial-crisis-currency-fall\\_n\\_1935269.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/10/03/iran-rial-crisis-currency-fall_n_1935269.html)>; Acesso em 22 maio 2013.

DE YOUNG, Karen. SHEAR, Michael D. **Allies Say Iran Has Secret Nuclear Facility**. Washington Post. Setembro de 2009. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2009-09-26/world/36784470\\_1\\_secret-nuclear-facility-qom-facility-enrichment](http://articles.washingtonpost.com/2009-09-26/world/36784470_1_secret-nuclear-facility-qom-facility-enrichment)>. Acesso em: 14 março 2013.

DEHGHAN, Saeed Kamali **Haemophiliac Iranian boy dies after sanctions disrupt medicine supplies**. The Guardian. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/nov/14/sanctions-stop-medicines-reaching-sick-iranians>>. Acesso em: 20 maio 2013.

DEHGHAN, Saeed Kamali. **How are the Iran sanctions affecting you?**. The Guardian. 16/10/2012. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/iran-blog/2012/oct/16/how-iran-sanctions-affecting-you>>. Acesso em: 27 maio 2013.

DEHGHAN, Saeed Kamali. **Reports of street protests in Iran due to soaring price of chicken**. The Guardian. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/iran-blog/2012/jul/23/street-protests-iran-chicken>> Acesso em: 03 maio 2013.



DEHGHAN, Saeed Kamali. **Sanctions on Iran**. Ordinary People are the target. The Guardian. Agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/aug/10/sanctions-iran-ordinary-people-target>>; Acesso em 20 maio 2013.

ERDBRINK, Thomas. **Facing Obama, Iran Suddenly Hedges on Talks**. Washington Post. 13/11/2008. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2008-11-13/world/36926613\\_1\\_nuclear-program-international-concerns-supreme-religious-leader](http://articles.washingtonpost.com/2008-11-13/world/36926613_1_nuclear-program-international-concerns-supreme-religious-leader)>. Acesso em: 13 março 2013.

**EU ministers agree sanctions against Iran**. Disponível em: <<http://www.eubusiness.com/topics/institutions/iran-sanctions.22/>>. Abril de 2007. Acesso em: 16 maio 2013.

FARID, Mahtab. **President Bush's policies towards Iran**. Payvand Iran News. 26/01/2009. Disponível em <<http://www.payvand.com/news/09/jan/1248.html>> Acesso em 11 março 2013.

HOWARD, Michael. **Hundreds dead in Shi'ite uprising**. The Age. Agosto 2004. Disponível em: <<http://www.theage.com.au/articles/2004/08/07/1091732142108.html>> Acesso em 25 maio 2013.

GIENGER, Viola. **Clinton says "crippling" Iran Sanctions Part of Plan (Update2)**. Bloomberg. Abril fr 2009. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aDRrjOdyA08>> Acesso em: 19 maio 2013.

GEORGE, Marcus; HOSSEINIAN, Zahra. **Sanctions, government blamed for Iran's drugs shortage**. Reuters. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/12/05/us-iran-medicine-idUSBRE8B40NM20121205>>. Acesso em 28 julho 2013.

**Iran's nuclear negotiator resigns**. BBC. 20/10/2007. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/7053963.stm>>. Acesso em: 09 maio 2013.

**Iran sacks sole female minister Dastjerdi from health post**. BBC. Dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-20853142>> Acesso em: 20 maio 2013.

LANDLER, Mark; SAVAGE, Charlie. **Black market shows Iran can adapt to sanctions.** New York Times. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/10/05/world/middleeast/05sanctions.html?_r=0). Acesso em: 23 maio 2013.

LANDLER, Mark; ERLANGER, Steven. **As US plots Iran Strategy, Envoy's Visit Hints at a Thaw.** Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/10/01/world/middleeast/01nuke.html>. Acesso em: 14 março 2013.

KESSLER, Glenn. **US moves to isolate iranian banks.** Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/09/08/AR2006090801454.html>. Acesso em: 13 março 2013.

**Mahmoud Ahmadinejad: 'Nuclear Issue of Iran Is Now Closed'** Disponível em: <http://www.foxnews.com/story/0,2933,297935,00.html#ixzz2SoHn9I13>. Acesso em: 09 maio 2013.

MANAUCHEHRI, Yassmin. **Let them eat veggies: behind Iran's chicken crisis.** Iran Media Program. Julho de 2012. Disponível em: <http://iranmediaresearch.org/en/blog/227/12/07/31/1026> Acesso em: 03 maio 2013.

MELVIN, Don; FAHEY, Jonathan. **SWIFT Cuts Off Iran As Sanctions Vice Tightens.** Huffington Post. Março de 2012. Disponível em: [http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/swift-iran-sanctions\\_n\\_1347361.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/swift-iran-sanctions_n_1347361.html). Acesso em: 19 maio 2013.

MOUSAVIAN, Seyed Hossein; SHABANI, Mohammad Ali. **How to Talk to Iran.** New York Times. 03/01/2013. [http://www.nytimes.com/2013/01/04/opinion/how-to-talk-to-iran.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/01/04/opinion/how-to-talk-to-iran.html?_r=0) 11/04/2013. Acesso em 03 junho 2013.

NASSERI, Ladane. **Iran increase Bread prices by as much as 33%, IRNA reports.** Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2012-06-10/iran-increase-bread-prices-by-as-much-as-33-irna-reports.html>. Acesso em: 20 maio 2013.

NASSERI, Ladane; SALEHI, Yeganeh. **Iran's smugglers feel the squeeze.** Bloomberg. Disponível em: <http://www.businessweek.com/articles/2012-08-02/irans-smugglers-feel-the-squeeze>. Acesso em: 23 maio 2013.

PAIVAR, Amir. **Iran currency crisis: sanctions detonate unstable rial**. BBC. Outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-19800532>> Acesso em: 22 maio 2013.

PLEMING, Sue. **Clinton doubts Iran will respond to overtures**. Reuters. Março de 2009. Disponível em: <<http://uk.reuters.com/article/2009/03/02/us-iran-usa-clinton-idUKTRE5212ZG20090302>>. Acesso em: 14 março 2013.

**Sanctions squeeze Iranian students abroad**. Washington Post. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2013-01-26/local/36565067\\_1\\_iranian-currency-iranian-students-increasingly-tough-sanctions/2](http://articles.washingtonpost.com/2013-01-26/local/36565067_1_iranian-currency-iranian-students-increasingly-tough-sanctions/2)>. Acesso em: 23 maio 2013.

SANGER, David E. **U.S. Drop Key Condition for Talks with Iran**. New York Times. Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/04/14/world/middleeast/14diplo.html>>. Acesso em: 13 março 2013.

SANGER, David. E. BROAD, William J. **U.S. and Allies warn Iran over nuclear “deception”**. New York Times. 26/09/2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/09/26/world/middleeast/26nuke.html?partner=rss&emc=rss&r=0>>. Acesso em: 14 março 2013.

SANGER, David E. **US ending a few of the sanctions imposed on Iran**. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2000/03/18/world/us-ending-a-few-of-the-sanctions-imposed-on-iran.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em: 09 maio 2013.

SLAVIN, Barbara. **Obama sends Iran New Year’s greeting**. Washington Times. Março de 2009. Disponível em: <<http://www.washingtontimes.com/news/2009/mar/20/obama-sends-new-year-greeting-to-tehran/>>. Acesso em: 14 março 2013.

TAIT, Robert. **Revealed: how George W Bush offered to bring Iran back into the international fold**. The Independent. 14/05/2012. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/revealed-how-george-w-bush-offered-to-bring-iran-back-into-the-international-fold-7743532.html>>. Acesso em: 11 março 2013.

**The unfolding human catastrophe in Iran.** Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/10/20121023101710641121.html>>. Acesso em: 24 maio 2013.

TORBATI, Yeganeh. **Iran says it will cut imports of nonessential goods.** Washington Post. Outubro de 2012. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2012-10-14/world/35500754\\_1\\_import-tariffs-goods-sanctions](http://articles.washingtonpost.com/2012-10-14/world/35500754_1_import-tariffs-goods-sanctions)>. Acesso em: 23 maio 2013.

TORCHIA, Andrew. **Analysis: Iran government likely to win battle of wills over currency.** Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/10/09/us-iran-currency-idUSBRE8980HG20121009>>. Acesso em: 03 junho 2013.

**US imposes new sanctions on Iran.** Al Jazeera. Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/news/americas/2013/02/2013271630846758.html>>. Acesso em: 18 março 2013.

**US moves to crush Shia uprising.** BBC. 12/08/2004. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/3557446.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3557446.stm)>. Acesso em: 25 maio 2013.

**U.S. to take part in group talks with Iran.** NBC. Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/id/30105175/#.UUHTxeGe5SQ>>. Acesso em: 13 março 2013.

**Washington ‘snubbed Iran offer’.** BBC. 18/01/2007. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/6274147.stm>>. Acesso em: 11 março 2013.

YONG, William. **Energy Policy in Iran leaves Many gasping.** New York Times. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2010/12/22/world/middleeast/22tehran.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/12/22/world/middleeast/22tehran.html?_r=0)> Acesso em: 20 maio 2013.

## Legislação

**Algiers Accords.** Disponível em: <[http://www.parstimes.com/history/algiers\\_accords.pdf](http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf)>. Acesso em: 04 março 2013.

Conselho da União Europeia: Council conclusions on Iran. 3191st FOREIGN AFFAIRS Council meeting. Luxembourg, 15 October 2012 Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/132833.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/132833.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2013.

Conselho da União Europeia: **European Council 13/2010**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/council\\_conclusion\\_17\\_june\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/council_conclusion_17_june_en.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2013.

Conselho da União Europeia. **FACTSHEET~ Brussels, 12 March 2013. The European Union and Iran**. Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/129724.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129724.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2013.

Conselho de Segurança das Nações Unidas. **Resolução 1737 de 26 de dezembro de 2006**. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1737\(2006\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1737(2006))>. Acesso em: 14 maio 2013.

Conselho de Segurança das Nações Unidas. **Resolução 1803 de 3 de março de 2008**. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1803\(2008\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1803(2008))>. Acesso em: 14 maio 2013.

Conselho de Segurança das Nações Unidas. **Resolução 1929 de 9 de junho de 2010**. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1929\(2010\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1929(2010))>. Acesso em: 14 maio 2013.

Estados Unidos da América. **Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010**. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/hr2194.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

Estados Unidos da América. **Executive Order 12211 of April 17, 1980**. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12211.html>>. Acesso em 23 julho 2013.

Estados Unidos da América. **Executive Order 12613 of October 29, 1987**. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12613.html>>. Acesso em 25 julho 2013.

Estados Unidos da América. **Executive Order 12959 of May 6, 1995**. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/12959.pdf>>. Acesso em: 06 março 2013.

Estados Unidos da América: **Executive Order 13382—Blocking Property of Weapons of Mass Destruction Proliferation and their supporters**. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/135435.pdf>>. Acesso em: 13 março 2013.

Estados Unidos da América. **Iran, North Korea, and Syria Nonproliferation Act Sanctions (INKSNA)** Disponível em: < <http://www.state.gov/t/isn/inksna/index.htm>>. Acesso em: 13 março 2013.

Estados Unidos da América. **Iran Threat reduction and Syria Human Rights Act of 2012**. Disponível em: <<http://beta.congress.gov/112/plaws/publ158/112publ158.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013

Estados Unidos da América. **Iran Sanctions Act of 1996**. Disponível em: <[http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/isa\\_1996.pdf](http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/isa_1996.pdf)> Acesso em 14 maio 2013.

Estados Unidos da América. **Iran Sanctions**. Disponível em:<<http://www.state.gov/e/eb/tfs/spi/iran/index.htm>>. Acesso em: 09 abril 2013

REPÚBLICA ISLÂMICA DO IRÃ: **Constituição da República Islâmica do Irã**. Disponível em: <[http://faculty.unlv.edu/pwerth/Const-Iran\(abridge\).pdf](http://faculty.unlv.edu/pwerth/Const-Iran(abridge).pdf)> Acesso em: 03 junho 2013.

União Europeia. **Decisão do Conselho da União Europeia 245/11**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:100:0051:0057:EN:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2013.

União Europeia. **Decisão do Conselho da União Europeia 2012/35/CFSP**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:019:0022:0030:EN:PDF> >. Acesso em:19 maio 2013.

União Europeia. **Regulação do Conselho da União Europeia 423/07**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:103:0001:0023:en:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2013.

União Europeia. **Regulação do Conselho da União Europeia 961/10**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:281:0001:0077:EN:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2013.

## Relatórios

**Amnesty International. Annual Report 2013. Iran**. Disponível em: <<http://amnesty.org/en/region/iran/report-2013#section-66-5>>; Acesso em 03 maio 2013.

**Killing them softly: the stark impact of sanctions on the lives of ordinary Iranians**. International Civil Society Action Network. Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.icanpeacework.org/iran/>>; Acesso em 20 maio 2013.

NAMAZI, Siamak. **Sanctions and Medical Supply Shortages in Iran (Woodrow Wilson Center)**. Disponível em: <[http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions\\_medical\\_supply\\_shortages\\_in\\_iran.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions_medical_supply_shortages_in_iran.pdf)>; Acesso em 23 maio 2013.

**Sanctioning Iran: Implications and Consequences** (Oxford Research Group). Disponível em: <[http://www.oxfordresearchgroup.org.uk/publications/briefing\\_papers\\_and\\_reports/sanctioning\\_iran\\_implications\\_and\\_consequences](http://www.oxfordresearchgroup.org.uk/publications/briefing_papers_and_reports/sanctioning_iran_implications_and_consequences)> Acesso em: 03 junho 2013.

SIAMAK, Namazi. **Sanctions and Medical Supply Shortages in Iran**. Viewpoints No. 20. Middle East Program, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2013. Disponível em: <[http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions\\_medical\\_supply\\_shortages\\_in\\_iran.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/sanctions_medical_supply_shortages_in_iran.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2013.

**United Nations Special Rapporteur's March 2013 report on the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran**. Disponível em: <<http://www.shaheedoniran.org/english/dr-shaheeds-work/latest-reports/3135-special-rap->

porteurs-february-2013-report-on-the-situation-of-human-rights-in-the-islamic-republic-of-iran.html>; Acesso em: 20 maio 2013.

**Unitended Victims: The Impact of the Iran Sanctions on Iranian Americans** (the Asian Law Caucus, the Iranian American Bar Association, the National Iranian American Council and the Public Affairs Alliance of Iranian Americans). Disponível em: <<http://www.paaia.org/CMS/Data/Sites/1/PDFs/UnintendedVictims.pdf>>; Acesso em: 23 maio 2013.

#### Outras fontes

BRUNO, Greg. **State Sponsors: Iran**. Council on Foreign Relations. 13/10/2011. Disponível em: <<http://www.cfr.org/iran/state-sponsors-iran/p9362>>. Acesso em: 09 maio 2013.

BRUNO, Greg; BAJORIA, Jayshree. **Iran Revolutionary Guards**. Council On Foreign Relations. Outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.cfr.org/iran/irans-revolutionary-guards/p14324>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRUNO, Greg; BEEHNER, Lionel. **Iran and the future of Afeganistan**. Council on Foreign Relations. 30/03/2009. Disponível em: <<http://www.cfr.org/iran/iran-future-afghanistan/p13578#p5>>. Acesso em 09 maio 2013.

BYRNE, Malcolm; KORNBLUH, Peter; BLANTON, Thomas. **The Iran-Contras affair 20 years on**. The National Security Archive. 24/11/2006. Disponível em: <<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB210/>> Acesso em: 09 maio 2013.

**Context of ‘May 6, 1995: US Prohibits American Business Firms from Trading with Iran’** Disponível em: <[http://www.historycommons.org/context.jsp?item=us\\_plans\\_to\\_use\\_military\\_force\\_against\\_iran\\_501#us\\_plans\\_to\\_use\\_military\\_force\\_against\\_iran\\_501](http://www.historycommons.org/context.jsp?item=us_plans_to_use_military_force_against_iran_501#us_plans_to_use_military_force_against_iran_501)>. Acesso em: 06 março 2013.

DAVENPORT, Kelsey. **History of Official Proposals on the Iranian Nuclear Issue**. Arms Control Association. Janeiro/2013. Disponível em: <[http://www.armscontrol.org/factsheets/Iran\\_Nuclear\\_Proposals](http://www.armscontrol.org/factsheets/Iran_Nuclear_Proposals)>. Acesso em: 11 março 2013.



**European Union Reports and other documents.** Iran Watch. Disponível em: <<http://www.iranwatch.org/international/EU/>>. Acesso em: 17 maio 2013.

GRAHAM-SILVERMAN, Adam. **Congressional Quarterly: Administration seeks Just right approach to Iran.** Center for a new american security. Disponível em: <<http://www.cnas.org/node/782>>. Acesso em: 14 março 2013.

JAFARZADEH, Alireza. **New Information on Top Secret Projects of the Iranian Regime's Nuclear Program.** Iran Watch. 14/08/2002. Disponível em: <<http://www.iranwatch.org/privateviews/NCRI/perspex-ncri-topsecretprojects-081402.htm>>. Acesso em: 11 março 2013.

**Khobar Towers.** Disponível em: <<http://www.globalsecurity.org/military/facility/khobar.htm>>. Acesso em: 06 março 2013.

**Mahmoud Ahmadinejad. Biography.** Bio.true.history. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/mahmoud-ahmadinejad-38656>>. Acesso em: 07 maio 2013.

MASTERS, Jonathan. **Hamas.** Council on Foreign Relations. 27/11/2012. Disponível em: <<http://www.cfr.org/israel/hamas/p8968>> Acesso em: 09 maio 2013.

ROZEN, Laura. **U.S. previews Geneva talks, as Iranian foreign minister visits DC.** Político.com. setembro de 2009. Disponível em: <[http://www.politico.com/blogs/laurarozen/0909/US\\_previews\\_Geneva\\_talks\\_as\\_Iranian\\_foreign\\_minister\\_visits\\_DC.html](http://www.politico.com/blogs/laurarozen/0909/US_previews_Geneva_talks_as_Iranian_foreign_minister_visits_DC.html)>. Acesso em: 14 março 2013.

SCAHILL, Jeremy. **This Is Change? 20 Hawks, Clintonites and Neocons to Watch for in Obama's White House.** Alternet. 19/11/2008. Disponível em: <[http://www.alternet.org/story/107666/this\\_is\\_change\\_20\\_hawks%2C\\_clintonites\\_and\\_neocons\\_to\\_watch\\_for\\_in\\_obama%27s\\_white\\_house?paging=off](http://www.alternet.org/story/107666/this_is_change_20_hawks%2C_clintonites_and_neocons_to_watch_for_in_obama%27s_white_house?paging=off)>. Acesso em: 13 março 2013.

TAU, Byron. **Clinton Touts Iran Sanctions Policy.** Político 44. 14/09/2012. Disponível em: <<http://www.politico.com/politico44/2012/09/clinton-touts-iran-sanctions-policy-135623.html>> Acesso em: 04 março 2013.

**The Nobel Peace Prize 2003.** 10/10/2003. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/2003/press.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2003/press.html)> Acesso em: 11 março 2013.

**U.S. Iran Sanctions.** Disponível em: <<http://iransanctions.org/index.php>>. Acesso em: 04 março 2013.

**ZARIF, Maseh. Amb. Dennis Ross Spring 2009 Mideast Trip Background.** Iran Tracker. 30/04/2009. Disponível em: <<http://www.irantracker.org/analysis/amb-dennis-ross-spring-2009-mideast-trip-background>>. Acesso em: 13 março 2013.

## ANEXO I

- A recusa de assistência às exportações das pessoas sancionadas — o Banco de Exportações e Importações norte-americano não aprovará nenhuma forma de garantia, seguro, ou extensão de crédito que seja relacionada à exportação de qualquer bem da pessoa sancionada;
- Sanções às exportações — o governo norte-americano não concederá licença ou permissão para a pessoa sancionada exportar aos EUA;
- Empréstimos de instituições financeiras americanas — o governo norte-americano poderá proibir qualquer instituição financeira baseada nos EUA de fazer empréstimos ou prover créditos a qualquer pessoa sancionada. Serão permitidos empréstimos nos valores inferiores a US\$ 10 milhões em um período de doze meses, salvo se a pessoa sancionada estiver envolvida em atividade humanitária ou que vise reduzir o sofrimento humanitário;
- Proibições a instituições financeiras — sendo a entidade sancionada uma instituição financeira, ela estará proibida de ser a negociadora principal (*primary dealer*) de títulos do governo dos EUA. Será proibido também de atuar como repositório para fundos do governo;
- Vedação de aquisição — o governo norte-americano não poderá adquirir ou — contratar a aquisição de quaisquer bens ou serviços de uma pessoa sancionada;
- Restrições cambiais,— o presidente poderá proibir quaisquer transações cambiais que estejam submetidas à jurisdição americana;
- Vedações às transações bancárias — o presidente está autorizado a proibir a transferência de créditos ou pagamentos entre instituições financeiras ou através delas, caso a transação envolva os interesses de qualquer pessoa sancionada;

- Transações de propriedades — o presidente poderá impedir que seja realizada qualquer transação envolvendo uma propriedade da pessoa sancionada, caso esta propriedade se encontre sob a jurisdição americana;
- Proibição de investimentos em ações ou débitos da pessoa sancionada, — esta sanção impede que qualquer pessoa americana realize este tipo de investimento na pessoa sancionada;
- Exclusão de executivos — os EUA poderão deportar ou negar vistos a executivos que tenham envolvimento ou defendam interesses de alguma pessoa sancionada;
- Sanções aos executivos principais — os EUA poderão sancionar os principais executivos de qualquer uma das pessoas sancionadas;
- Sanções adicionais — o presidente está autorizado a impor sanções adicionais no que tange a importações de quaisquer das pessoas sancionadas, de acordo com o *International Emergency Economic Powers Act*.

## ANEXO II

- Banimento da exportação e importação de armas.
- Proibição de exportação e importação de bens e tecnologia relacionadas a atividades nucleares.
- Necessidade de autorização para a exportação de bens que possam contribuir para o enriquecimento de urânio. E só serão autorizadas caso não contribuam para o desenvolvimento de armas e o enriquecimento nuclear.
- Proibição de exportação de bens relevantes para os programas militar, nuclear e balístico ou a indústrias controladas pelos IRGC.
- Banimento de investimentos por nacionais iranianos em entidades que promovem a mineração de urânio e a produção de material nuclear e tecnologia dentro da União Europeia.
- Proibição da importação de óleo bruto, petróleo ou gás-natural do Irã. A proibição diz respeito à importação, à compra, e ao transporte destes produtos, assim como relacionados a finanças como seguros. Nenhuma embarcação europeia poderá armazenar esses produtos fornecidos pelo Irã.
- Banimento de produtos petroquímicos iranianos.
- Proibição de exportação e importação de produtos de uso duplo e tecnologias.

- Banimento de produtos chave para a exploração de petróleo e gás-natural e de outros que possam ser usados nesta indústria. Banimento de assistência técnica e financeira também se aplicam nesse caso.
- Banimento de investimento na indústria de petróleo e gás iraniana.
- Não serão aceitos novos compromissos de apoio financeiro, por parte de estados membros, a transações com o Irã. Sejam elas de curto, médio ou longo prazo.
- Estados membros não devem oferecer empréstimos ao governo iraniano.

A troca de ouro e outros metais preciosos com os órgãos públicos iranianos e seu banco central também estão proibidos.

- Proibições de transferências financeiras a bancos iranianos, salvo autorização dada com antecedência. Poderão ser autorizadas as transferências relacionadas a artigos alimentícios, artigos pessoais, equipamentos médicos, agrícolas, ou que se destinem a fins humanitários.
- Vedação a abertura de filiais ou joint ventures iranianas em solo europeu. O inverso também se aplica.
- Proibição da emissão e comercialização de títulos do governo com o Irã e suas instituições financeiras e bancos.
- Estados membros devem requerer que seus nacionais sejam vigilantes sobre negócios com entidades incorporadas no Irã, incluindo o IRGC e o IRISL.
- Alfandegas nacionais devem exigir maiores informações sobre cargas que se originam ao Irã ou partam dele. Artigos proibidos podem ser apreendidos pelos estados membros.
- Voos de carga operados por transportadoras iranianas vindo do Irã, não terão acesso a aeroportos europeus, não sendo ainda oferecidos serviços de manutenção a esses voos, se houver suspeita da presença de material proibido.
- Não será aceito o serviço de classificação de *flagging* para cargueiros iranianos.
- Proibição de construir novos cargueiros iranianos ou participar na sua construção.
- Proibição de fornecimento de equipamentos essenciais à manutenção e construção de navios iranianos.
- Proibição de emissão de vistos para pessoas fornecendo suporte para atividades sensíveis de proliferação nuclear ou o desenvolvimento de tecnologias de lançamento de armas nucleares. Essas pessoas também se submetem ao congelamento de recursos.

- Congelamento de recursos de entidades associadas com as atividades de proliferação iranianas ou ao desenvolvimento de sistemas de lançamentos de armas nucleares<sup>158</sup>.
- Não será fornecido nenhum sistema especial de comunicação financeira as pessoas e entidades que se encontram na lista de entidades e pessoas sancionadas.

---

158 The number of listed entities amounts to 490, including the Iranian central bank. 76 of them were designated by the UN, the others are autonomous EU designations. They include companies the banking and insurance sectors, the nuclear technology industry and in the field of aviation, armament, electronics, shipping, chemical industry, metallurgy and the oil and gas industry as well as branches and subsidiaries of IRGC and IRISL. Humanitarian exemptions also apply to the asset freeze. Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/129724.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129724.pdf)> Acesso em: 03 junho 2013.

# O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e a Questão do *Gun-Jumping*: Traçando Parâmetros para as Empresas

GABRIELA REIS PAIVA MONTEIRO

## Introdução

A Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de análise prévia dos atos de concentração. A introdução desse novo sistema, que é adotado na maior parte das legislações antitruste no mundo, põe em discussão no Brasil a questão do *gun-jumping*, que passou a preocupar os operadores do Direito que atuam na área de fusões e aquisições (M&A).

*Gun-jumping* é expressão que se refere ao conjunto de condutas realizadas por empresas no momento pré-notificação ou durante a análise do ato de concentração pela autoridade antitruste competente. Geralmente, tais práticas objetivam a manutenção do valor da empresa adquirida, a viabilização e facilitação da operação e a realização das eficiências resultantes da mesma.

As preocupações acerca do *gun-jumping* decorrem do fato de que a coordenação prévia das atividades das empresas em processo de concentração pode trazer problemas anticompetitivos para o mercado quando ainda há incerteza quanto à viabilidade concorrencial de operação sujeita à aprovação da autoridade antitruste. É importante ressaltar que a exigência de análise prévia, ao final da qual a operação é aprovada ou rejeitada, busca a manutenção do *status quo* competitivo de um mercado. Assim, a ideia é que as empresas continuem competidoras entre si até que a operação seja encerrada.

Desta forma, no Brasil, se antes da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 era possível a efetiva coordenação das atividades das empresas e até mesmo a consumação da operação antes de sua aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), agora se exige o parecer favorável desta autoridade para que as empresas possam coordenar suas atividades. Nesse contexto, serão condenáveis as práticas de empresas que combinem prematuramente, isto é, antes da aprovação pelo CADE, aspectos significativos de suas operações diárias ou que ajam como se fossem uma só.

Deste modo, passou a ser de suma importância a identificação das condutas que são permitidas e proibidas às empresas para fazer cumprir a “obrigação de preservar as condições de concorrência”<sup>1</sup> até a aprovação do CADE. Como a alteração é recente, ainda não há julgados dessa autarquia sobre o tema, nem parâmetros precisos estabelecidos pelo legislador ou pelas autoridades antitruste, que possam orientar as atividades das empresas participantes de uma operação de concentração. Assim, o objetivo deste trabalho é **identificar** aquelas atividades / condutas que, se praticadas pelas empresas requerentes, poderão ser consideradas *gun-jumping* pelo CADE e que, assim, deverão ser evitadas nos momentos que antecedem autorização para consumir a operação.

Primeiramente serão apresentados os sistemas de análise *ex post* (Lei nº 8.884/1994) e *ex ante* (Lei nº 12.529/2011) dos atos de concentração e os aspectos positivos e negativos de cada sistema. Em seguida, será dedicado um capítulo para o tratamento da atual importância da questão do *gun-jumping* no Brasil.

O terceiro capítulo tratará das experiências dos Estados Unidos e da União Europeia no tratamento do *gun-jumping* para que, a partir delas, seja possível identificar possíveis práticas que também poderão ser consideradas pelo CADE como *gun-jumping* ilegal.

No quarto capítulo serão analisados os Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (“APROs”) celebrados pelo CADE sob égide da Lei nº 8.884/1994, a fim de se identificar aqueles atos que, no entender dessa autarquia, possivelmente serão vistos como consumação da operação.

Ao final deste trabalho, será elaborado um guia para balizar as condutas das empresas requerentes nos momentos que antecedem a autorização para a consumação da operação, indicando as possíveis práticas que poderão ser vedadas pelo CADE, bem como aquelas que, por outro lado, possivelmente não serão questionadas pelas autoridades antitruste. Também serão apresentadas algumas medidas preventivas para minimização dos riscos das empresas envolvidas na operação.

## 1. Sistemas de Análise de Atos de Concentração

Em relação aos sistemas de análise de atos de concentração, é possível identificar, nas mais diversas jurisdições, dois sistemas básicos: (i) o sistema de análise posterior; e (ii) o sistema de análise prévia.

No Brasil, sob a vigência da Lei nº 8.884/1994, adotava-se um sistema misto de análise dos atos de concentração em que a análise dos efeitos anticom-

1 Art. 88, § 4º, da Lei 12.529/2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

petitivos da operação podia ser feita anterior ou posteriormente à sua consumação. Não obstante a possibilidade de análise *ex ante* na Lei nº 8.884/1994, é importante observar que a submissão prévia das operações ao CADE era pouco utilizada pelas empresas requerentes. A inexistência de incentivos para que as empresas apresentassem previamente a operação para as autoridades antitruste e a demora na análise de tais atos pelo CADE, da qual trataremos adiante, justificavam o desinteresse das empresas na análise *ex ante*<sup>2</sup>.

Em 29 de maio de 2012, quando entrou em vigor a Lei nº 12.529/2011, o Brasil migrou para um sistema de análise prévia dos atos de concentração, passando a fazer parte do crescente número de países que exigem a permissão prévia das autoridades antitruste para a consumação da operação<sup>3</sup>. Assim, sob a nova sistemática, as empresas requerentes deverão aguardar a autorização do CADE para, somente então, concluir a operação submetida à sua aprovação. A seguir, serão brevemente apresentados os sistemas de análise dos atos de concentração posterior e prévio. Também serão abordados os aspectos positivos e negativos de cada sistema, que ajudarão a explicar os motivos da transição e a indicar as preocupações que poderão emergir no contexto da análise *ex ante* das operações.

### 1.1. O Sistema da Lei nº 8.884/1994: Análise Posterior dos Atos de Concentração

Conforme a redação do artigo 54, §4º, da Lei n. 8.884/1994, os atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deveriam ser submetidos à apreciação do CADE,<sup>4</sup> previamente ou no prazo de quinze dias úteis de sua realização<sup>5</sup>.

2 Fernando de Magalhães Furlan, em 2011, ao tratar dos impactos do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência, afirmou que “de fato, a possibilidade de notificação prévia já existe, porém é utilizada de modo absolutamente esparsa, o que demonstra a necessidade de uma reformulação no sistema para que seja utilizada”. (FURLAN, Fernando de Magalhães. *Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica*. In *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 171).

3 Segundo Ana Paula Martinez, dos mais de 90 países que possuem controle estrutural, i.e., controle dos atos de concentração, até 2011, apenas Brasil, Egito e Paquistão tinham um controle obrigatório e posterior. (MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil*. In *Temas Atuais de Direito da Concorrência*, São Paulo: Singular, 2012. p. 58).

4 Artigo 54, *caput*, Lei nº 8.884/1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm)>. Acesso em: 08 de setembro de 2012.

5 Artigo 54, § 4º, Lei nº 8.884/1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm)>. Acesso em: 08 de setembro de 2012.



Na antiga sistemática, os órgãos responsáveis<sup>6</sup> pela análise dos atos de concentração dispunham de um prazo total de 120 (cento e vinte) dias<sup>7</sup>. Contudo, embora os prazos estivessem legalmente definidos e o parágrafo 7º do artigo 54 estabelecesse a aprovação automática dos atos de concentração não apreciados pelo CADE no prazo legal, a própria lei previa a possibilidade de suspensão dos prazos pela expedição de ofícios de informações e pela requisição de documentos, o que, na prática, ocorria com frequência.

Se, durante o período de análise, o CADE identificasse a possibilidade de a operação gerar efeitos deletérios imediatos à concorrência, era possível impedir o fechamento da operação por meio de imposição de Medidas Cautelares ou da celebração de APROs, que tinham o objetivo de impor restrições às empresas em processo de concentração, a fim de facilitar o desfazimento da operação posteriormente reprovada ou aprovada com restrições<sup>8</sup>.

Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, a experiência mostrou diversos aspectos positivos e negativos do sistema de análise posterior dos atos de concentração. Por um lado, ao dar maior liberdade às empresas e autorizar a consumação da operação antes da manifestação do CADE, o sistema de controle posterior permitia que o negócio não fosse desvalorizado e que fossem asseguradas, com maior facilidade, as eficiências decorrentes da operação, que poderiam ser perdidas em razão da longa demora na análise realizada pelos órgãos de defesa da concorrência<sup>9</sup>.

6 Na sistemática da Lei nº 8.884/1994, três órgãos eram responsáveis pela análise dos atos de concentração: Secretaria de Análise Econômica ("SEAE"), Secretaria de Direito Econômico ("SDE") e CADE. A SEAE estava subordinada ao Ministério da Fazenda e a SDE estava subordinada ao Ministério da Justiça. Tais secretarias eram responsáveis, à época, por instruir o processo de ato de concentração e apresentar pareceres técnicos. Sob a Lei 12.529/2011, as funções desses três órgãos foram reunidas em apenas um, o "SuperCADE", dado o acúmulo de funções na antiga sistemática.

7 A SEAE e a SDE dispunham de 30 (trinta) dias, cada uma, para analisar a operação. Uma vez instruído o processo, este era encaminhado ao CADE, que dispunha de um prazo de 60 (sessenta) dias para analisá-lo.

8 Sobre as referidas medidas, Calixto Salomão Filho expôs que: "em ambos os casos, o que se busca, por via coercitiva (medida cautelar) ou consensual (APRO), é garantir que concentrações que apresentem grave risco à ordem concorrencial não possam produzir efeitos de imediato". (FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial — as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 326).

9 Segundo Leopoldo Pagotto e Bruno Maggi, "uma das características mais marcantes da antitruste brasileira sob a Lei 8.884/1994 era o fato de as empresas não precisarem esperar a aprovação do CADE pra executarem suas operações. Apesar de serem obrigadas a notificar o CADE de suas operações em até 15 dias úteis da realização do ato de concentração, as empresas eram livres para executar sua operação antes de receberem a aprovação do CADE. Considerando a notória morosidade do SBDC — Sistema Brasileiro de Defesa Econômica — sob a lei 8.884/1994, esse sistema evitava prejuízos em caso de atraso na análise da operação pelo CADE". (PAGOTTO, Leopoldo. MAGGI, Bruno Oliveira. *A nova lei de defesa da concorrência — Lei 12.529/2011*. In *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 55. Jan/2012. p. 5).

Fernando Passos também tratou da liberdade das empresas no que diz respeito à consumação da operação como um aspecto positivo do sistema de análise *a posteriori*: "destaque-se que, de um lado,

Por outro lado, a possibilidade de as requerentes consumarem a operação antes do crivo do CADE criava um desincentivo na apresentação de informações necessárias à avaliação do ato. Esta questão, somada a um sistema institucional altamente burocratizado e à permissão legal de suspensão dos prazos para a análise dos atos pelos órgãos de defesa da concorrência, acirrava o problema da lentidão<sup>10e11</sup> da revisão das operações<sup>12</sup>. Ademais, considerando a possibilidade de implementação imediata da operação, as requerentes não levavam em consideração os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da operação<sup>13</sup>.

---

faz-se presente o direito de o agente econômico, pautado no princípio constitucional da livre-iniciativa, exercer sua atividade econômica e, de outro, o dever do Estado de limitar esse exercício para que seja tutelado outro princípio constitucional, o da livre concorrência, em defesa do mercado de consumo. [...]. Consequentemente, em respeito ao equilíbrio desses dois direitos, [o sistema atual] disciplina a matéria de tal forma a permitir que o empresário exerça livremente as suas atividades, tendo, porém, a consciência de que, em face do Poder Regulador do Estado, tais atividades poderão ser restringidas em prol da livre concorrência, que tem que se fazer também pela imposição constitucional. O risco é da atividade privada, que não está impedida de fazê-lo, mas deve cercar-se da segurança e lisura em seus atos, responsabilizando-se perante a sociedade em geral pela não observância dos princípios gerais da atividade econômica. Esse talvez o maior benefício do controle *a posteriori* adotado no Brasil: a livre iniciativa está escancarada, podendo o Órgão Regulador tomar as medidas em caso de excesso ou descumprimento à ordem constitucional e às próprias pretensões da pátria na consolidação de uma ordem econômica justa e solidária". (PASSOS, Fernando. **Atos de Concentração - Análise Prévia - Parecer Contrário**. In *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2008, p. 84).

- 10 Em 2011, o tempo médio de análise de atos de concentração foi de 154 (cento e cinquenta e quatro) dias, período muito superior àquele considerado como ótimo pelas práticas internacionais, que é de até 30 (trinta) dias pelo menos para os casos simples. (CARVALHO, Vinícius Marques de. **Nova Lei do CADE: um balanço dos primeiros meses**. Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcorrenca/PALESTRAS/Vinicius%20Marques%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012).
- 11 De acordo com a nota oficial da SEAE de 26 de outubro de 2000, que tratava da questão da análise prévia na reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o "controle de concentrações *a posteriori* [...] incentiva as partes a tentar postergar a análise o máximo possível ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. A experiência do Sistema é rica em casos de postergação do envio de informações solicitadas como estratégia para alongar o prazo de análise da operação e criar o "fato consumado". A título ilustrativo, vale observar que o Sistema nunca reprovou totalmente uma operação e que a grande maioria de condicionantes impostos para a aprovação de operações foi de caráter comportamental em oposição aos condicionantes de caráter estrutural". (SEAE. **Nota Oficial: Grupo de Trabalho apresenta modelo da ANC**. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012).
- 12 A título exemplificativo, citamos aqui a fusão da Sadia e da Perdigão, formando a BrFoods. Esta operação, apresentada ao CADE em junho de 2009, somente foi decidida pelo CADE em julho de 2011. Portanto, quase 2 (dois) anos depois da sua submissão ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC").
- 13 Nesse sentido, ainda na vigência da Lei nº 8.884/1994, Fernando de Magalhães Furlan observou que: "o cenário atual é substancialmente distinto: nele as partes possuem incentivos à obtenção de uma decisão do CADE, no entanto a decisão não será um elemento imprescindível à conclusão de um negócio, mas apenas uma autorização *ex post*, isto é, posterior à definição de aspectos societários, regulatórios e contratuais da aquisição de uma sociedade empresária, por exemplo". (FURLAN, Fernando de Magalhães. **Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração**

Outro aspecto negativo do sistema em análise dizia respeito à ausência de segurança jurídica para as empresas requerentes, uma vez que uma operação já implementada poderia ser posteriormente rejeitada pelo CADE. Nesses casos, as empresas dificilmente conseguiam recuperar os investimentos inicialmente feitos para viabilizar o negócio. Tal insegurança tornava o país pouco atrativo para fins de investimento<sup>14</sup>.

Além disso, a reversibilidade da operação, no caso de sua reprovação, se mostrou, por diversas vezes, extremamente difícil e cara, gerando efeitos negativos para o mercado. Embora a legislação até então vigente dispusesse de mecanismos (APROs e Medidas Cautelares) que visassem a assegurar a manutenção do *status quo*, conforme já comentado acima, dificilmente estes mecanismos atingiam seus objetivos, além de gerarem altos custos para as autoridades de monitoramento do cumprimento dos termos impostos ou acordados.<sup>15</sup>

---

**Econômica.** In *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 173).

- 14 O trecho da notícia a seguir expõe com clareza a questão da incerteza jurídica e do desincentivo a investimentos no país: “no atual sistema de análise posterior à fusão ou aquisição, investidores podem sair chamuscados e o governo gastar tempo e dinheiro para defender, na Justiça, decisões tomadas pelo CADE. ‘O comprador faz uma aposta ao pagar um alto preço para comprar uma empresa, de olho numa receita de caráter monopolístico. Quando o CADE diz não, isso significa um dano privado, porque ele já pagou um preço pelo qual não vai vender. Mas para a sociedade é um ganho’, diz Seroa, do Ipea. Na opinião de José Carlos Busto, advogado do Instituto Brasileiro da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac), a indefinição gerada pela análise posterior ao negócio prejudica a atração de novos investimentos para o país. ‘O caso Nestlé-Garoto reforça essa insegurança. Houve um investimento muito grande que está sendo impedido. Do jeito que é feito não há segurança institucional, o que pode desincentivar investimentos [...]’”. (COSTA, Cláudia. **Economia incentivos à competição — vai começar a discussão da nova lei de defesa da concorrência**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23)>. Acesso em: 09 de setembro de 2012).
- 15 A título exemplificativo, citamos o fato de que os APROs eram celebrados no estágio inicial da operação e, assim, não conseguiam prever todos os possíveis efeitos deletérios decorrentes do ato de concentração. Esse problema foi tratado no relatório crítico “A Reforma da Lei da Concorrência — Lei nº 8.888/94”, coordenado por José Marcelo Martins Proença: “Ademais, no sistema atual, a capacidade do CADE de proibir inteiramente uma operação é frequentemente questionada com base em dificuldades para o desfazimento de uma operação consumada. Mas, como se verá a seguir, mecanismos foram criados com vistas a reduzir a insegurança jurídica causada pelo exame posterior pela autoridade antitruste como as medidas preventivas e os APROs. Todavia, esses instrumentos podem se mostrar imperfeitos na medida em que a sua utilização ocorre ainda em estágio muito preliminar do processo, em que é difícil antever alguns efeitos das operações”. (PROENÇA, José Marcelo Martins. **A Reforma da Lei da Concorrência — Lei nº 8.884/94**. Disponível em: <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stor1ies/pdfs/gep12.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012).

Outro problema decorrente dos APROs dizia respeito à dificuldade enfrentada pelo CADE no monitoramento do cumprimento dos acordos celebrados. Sobre esse tema, Leopoldo Pagotto e Bruno Maggi explicam que “[...] esse sistema possui uma desvantagem clara: caso o CADE entenda que a operação é nociva à concorrência e decida rejeitá-la, terá que levar em consideração os custos associados à reversão da operação. Para minimizar esse risco, o CADE adotou o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), que impõe restrições à execução da operação antes da aprovação pelo CADE. [...] A possibilidade de executar o APRO claramente minimiza os custos relacionados à reversão

Ainda que se determinasse que as empresas, cuja operação foi rejeitada pelo CADE, separassem suas estruturas e voltassem a agir enquanto duas empresas independentes, é importante atentar para o fato de que, durante o período em que as atividades foram conjuntamente exercidas, informações sensíveis sobre o negócio puderam ser trocadas, o que poderia facilitar posteriores movimentos de colusão tácita ou até mesmo a formação de cartéis entre as empresas requerentes.

As questões da insegurança jurídica e da dificuldade de reversibilidade da operação foram bem sintetizadas por José Del Chiaro e Ademir Antonio Pereira, em comentários à Nova Lei do CADE:

Na vigência da lei 8.884/1994, as transações podiam ser concluídas e posteriormente apresentadas para aprovação, o que acabava por gerar insegurança jurídica em razão da possibilidade de desfazimento do negócio (após extenso tempo de análise) e dava margem a casos de impossibilidade de reversão de uma transação ao final da análise, já que em razão de uma transação as empresas podem ter demitido funcionários, descontinuando plantas industriais ou marcas. [...] O controle prévio tem como objetivo tornar mais efetiva a intervenção antitruste e garantir maior segurança jurídica. Isso porque na sistemática de controle posterior, ocorriam situações em que o desfazimento da operação ou a imposição de alguns remédios podia ser factualmente impossível, ou muito custosa. E mais, as partes permaneciam muito tempo numa situação de insegurança, já que os investimentos realizados na consumação do negócio poderiam ser perdidos caso o CADE ao final decidisse pela não aprovação do negócio<sup>16</sup>.

Por fim, é importante mencionar que a ausência de segurança jurídica e a possibilidade de o CADE ordenar o desfazimento da operação fizeram com que muitas de suas decisões fossem judicialmente desafiadas, implicando maiores gastos e recursos tanto por parte das empresas envolvidas na operação quanto pelo governo, na defesa do CADE.

---

de uma operação barrada pelo CADE. O ARPO permitia uma simulação do sistema de análise prévia dentro do sistema de análise posterior da Lei 8.884/1994. Contudo, esse sistema não é eficaz, uma vez que o CADE jamais foi capaz de monitorar o cumprimento do acordo e punir as empresas que não obedecem". (PAGOTTO, Leopoldo. MAGGI, Bruno Oliveira. *A nova lei de defesa da concorrência — Lei 12.529/2011*. In *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Vol. 55. Jan/2012. Pp. 1).

16 CHIARO, José Del. PEREIRA JR., Ademir Antonio. *O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração*. In *A Nova Lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 70.

## 1.2. O Sistema da Lei nº 12.529/2011: Análise Prévia dos Atos de Concentração

Em 29 de maio de 2012, entrou em vigor a Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), que introduziu no Brasil a **obrigatoriedade** da análise prévia dos atos de concentração. Esta alteração, entre outros objetivos da Lei nº 12.529/2011, visou resolver os problemas existentes no sistema anterior, principalmente relacionados à falta de incentivos por parte das empresas requerentes em buscar a rápida aprovação do CADE e às dificuldades de reverter os atos de concentração já consumados e os seus efeitos, conforme apresentado no capítulo anterior.

O artigo 88, parágrafo 2º, da Lei nº 12.529/2011 determina que o controle dos atos de concentração de submissão obrigatória<sup>17</sup> ao CADE **será prévio**. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo, por sua vez, dispõe que esses atos **não poderão ser consumados antes de apreciados** pelo SBDC, sob pena de **nulidade e imposição** de multa pecuniária. Por fim, o parágrafo 4º dispõe que “até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no parágrafo 3º”.

O Regimento Interno do CADE (Resolução do CADE 1/2012 — “RICade”)<sup>18</sup>, artigo 108, também dispõe que o controle feito por esta autarquia será prévio. Assim como a Lei nº 12.529/2011, o RICade não definiu um prazo para que as partes submetam a operação ao CADE, se limitando a estabelecer que “as notificações de atos de concentração devem ser, preferencialmente, protocoladas após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação<sup>19</sup>”. O parágrafo 2º do artigo 108 do RICade, por sua vez, determina que as

partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências e qualquer tipo de influência de uma das partes sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente

17 Segundo o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, cumulado com a Portaria Interministerial MJ/MF nº 994/2012, serão previamente submetidos ao Cade os atos de concentração em que “pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tendo registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior” a R\$ 750.000.000 (setecentos e cinquenta milhões de Reais) e “pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior” a R\$ 75.000.000 (setenta e cinco milhões de Reais).

18 Resolução do Cade nº 1/2012. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c27684956fa47bb84dfa4d1a3616>>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

19 Artigo 108, § 1º, RICade. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c27684956fa47bb84dfa4d1a3616>>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincula as partes.

O CADE deverá realizar a análise do ato de concentração em até 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo da petição ou de sua emenda. Contudo, esse prazo poderá ser exclusivamente estendido nas seguintes hipóteses: (i) “por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação”; ou (ii) “por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo”<sup>20</sup>. Dessa forma, a análise de uma operação pelo CADE poderá chegar ao limite de 330 (trezentos e trinta) dias, sendo que o RICade, em seu artigo 133, estabeleceu que o descumprimento dos prazos previstos no artigo 88 do novo diploma implica aprovação automática dos atos de concentração submetidos ao CADE.

Uma vez que a operação não poderá ser consumada antes de sua aprovação pelo CADE ou pelo decurso do período de análise (aprovação tácita), o sistema obrigatório de análise prévia inverte os incentivos das requerentes de atos de concentração no que diz respeito a uma participação mais ativa no fornecimento de informações e documentos e no preenchimento dos formulários de submissão, o que faz com que o CADE tenha mais subsídios e informações para realizar análises mais eficientes e céleres. Espera-se que, nesta sistemática, as empresas requerentes passem a pensar a operação de forma mais estratégica, a fim de evitar efeitos deletérios ao mercado e assegurar que o CADE analise a operação no menor tempo possível, já que a sua aprovação é **condição suspensiva** para a implementação da operação<sup>21</sup>.

20 Artigo 88, § 9º, Lei nº 12.529/2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

21 Segundo Fernando de Magalhães Furlan, “com a inversão dos incentivos à tomada final de decisão, visto que as requerentes passam a ser as grandes interessadas em uma decisão célere, torna-se mais crível que as respostas e informações sejam fornecidas mais natural e rapidamente pelas empresas. Isso porque, quanto mais rápidas e completas forem as informações prestadas, mais rapidamente a operação de concentração poderá ser consumada”. (FURLAN, Fernando de Magalhães. *Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica*. In *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 173).

De acordo com a nota oficial da SEAE de 26 de outubro de 2000, que tratava da questão da análise prévia na reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por meio da instituição do sistema *ex ante*, “as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais”. (SEAE. *Nota Oficial: Grupo de Trabalho apresenta modelo da ANC*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012).

Para Aurélio Marchini Santos e Eduardo Boulos, o sistema de análise prévia “aumentará a importância estratégica de as partes avaliarem previamente os impactos concorrenciais das operações. Há, ob-

Outros benefícios decorrentes do sistema *ex ante* de análise são a manutenção das condições do mercado até a autorização final da operação pelas autoridades de defesa da concorrência e a eliminação da insegurança jurídica que vigia sob o sistema anterior no que diz respeito à realização de investimentos necessários para concluir a operação, que só serão feitos após o conhecimento da opinião do CADE. Dessa forma, é esperado que a análise prévia dos atos de concentração reduza o número de ações judiciais questionando as decisões do CADE.

Contudo, algumas observações sobre o sistema de análise prévia de atos de concentração devem ser feitas, principalmente no que diz respeito a sua estrutura. Embora a Lei nº 12.529/2011 tenha avançado ao extinguir a possibilidade de suspensão do prazo de análise por meio de pedidos de informação e documentos adicionais e o RICade tenha reestabelecido a aprovação automática do ato pelo decurso do prazo legal, o CADE dispõe de prazo que, por si só, é extremamente longo para analisar as operações que lhe são submetidas. Esse prazo eleito pelo legislador desafia as práticas adotadas internacionalmente, em que as operações são, em regra, aprovadas em até 30 (trinta) dias, pelo menos no que diz respeito a casos não complexos. Nesse ponto, é importante mencionar que o legislador brasileiro não fez qualquer distinção de prazos em razão da complexidade da operação, o que parece indicar que mesmo operações mais simples poderiam chegar ao cúmulo de serem revisadas no prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias.

Conforme as práticas recomendadas pela *International Competition Network* (“ICN”), nas jurisdições em que a aprovação é requisito necessário para a consumação da operação, mesmo a análise de atos complexos, em que as autoridades precisam de mais tempo para revisar a operação, deve ser realizada em prazos razoáveis<sup>22</sup>. Isso porque, de acordo com a ICN, o atraso poderá pôr em perigo a própria consumação da operação e postergar a realização de eficiências,

---

viamente, o interesse de se obter a aprovação do Cade com a maior brevidade possível. É, nesse sentido, muito útil a reunião antecipada dos melhores elementos de convencimento para apresentação imediata ao Cade”. (SANTOS, Aurélio Marchini. BOULOS, Eduardo. *A análise prévia de fusões*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-analise-previa-de-fusoes,725544,0.htm>>. Acesso em: 20 de novembro de 2012).

22. Além da realização da análise em períodos razoáveis, a ICN ainda sugere que nas jurisdições em que o período de revisão pelas autoridades antitruste tem efeito suspensivo, os prazos iniciais de análise sejam fixos para que as operações que não geram preocupações anticoncorrenciais não sejam retardadas. Além disso, até mesmo a previsão de extensão do período inicial para as operações que exijam uma análise mais demorada deve gozar de um prazo determinado. Tal prazo, segundo a ICN, deve levar em consideração “a complexidade da operação e possíveis questões concorrenciais, a disponibilidade e dificuldade de obter informação e a tempestividade de resposta pelas partes requerentes a pedidos de informação”. Por fim, a ICN sugere que o período inicial de espera pela aprovação da operação pelas autoridades antitruste seja de 6 (seis) semanas ou menos e que a extensão desse período seja de 6 (seis) meses ou menos, seguidos da notificação inicial. ICN. *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*. Disponível em:



bem como impactar negativamente o planejamento da transição e os negócios em curso pelo desgaste das forças de trabalho, bem como pela criação de incertezas no mercado<sup>23</sup>.

Analisando os impactos do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência, Fernando de Magalhães Furlan também tratou da questão do tempo de análise em sistemas de controle *ex ante* de atos de concentração e a possibilidade de prejuízos à operação, concluindo pelo possível insucesso de operações no caso de demora na decisão do CADE<sup>24</sup>.

A preocupação com o retardamento da realização de eficiências de uma operação se mostra ainda mais latente nos casos em que a operação é estratégica para sanar problemas financeiros de determinada empresa ou ainda integrante do plano de recuperação judicial, caso em que a demora na análise poderá levar ao encerramento das atividades da empresa.

Apesar da discussão acerca do prazo concedido ao CADE, é necessário mencionar que a análise dos casos já decididos por essa autarquia sob a nova sistemática<sup>25</sup> parece indicar que o CADE não pretende fazer do prazo limite de 330 (trezentos e trinta) dias uma prática constante, pelo menos em relação aos casos simples. Em verdade, o CADE parece estar atento às práticas e recomendações internacionais relativas à razoabilidade dos prazos<sup>26</sup>, o que, somado às inovações

---

< <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

23 ICN. *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*. Pp. 7. Disponível em: < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

24 “Parece haver uma posição de maioria em torno da necessidade de o Brasil migrar para um sistema de notificação prévia. No entanto, ainda persistem dúvidas acerca da viabilidade técnica e organizacional da adoção do controle *ex ante*, notadamente dos agentes econômicos, que terão de submeter suas operações antes do seu fechamento. Certamente, a preocupação é legítima, as operações de fusão e aquisição de empresas possuem prazos e diretrizes que frequentemente não poderiam aguardar uma decisão demorada. Em outros termos, pode-se dizer que a estrutura econômico-financeira de uma associação de empresas pode simplesmente esfalar-se caso a decisão quanto à regularidade antitruste demore a vir”. (FURLAN, Fernando de Magalhães. *Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica*. In *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 172).

25 Esta análise se limitou à data de 22 de setembro de 2012, data em que este capítulo foi redigido.

26 Em entrevista datada de 06 de agosto de 2012, o Superintendente-Geral do Cade, Carlos Ragazzo, afirmou que : “*the whole Idea about the fast-track procedures — to get people to know that we are sophisticated and that in Brazil we’re not going to hold up their mergers if they are not complicated — made a lot of people more comfortable with us. Just to be able to show that to people — even in person when I was in New York and I was talking to a group of international lawyers — made them realize that the 240 plus 90 days [the maximum amount of time allowed under law for a Brazilian merger review] would only be for very complex cases and never for simple mergers. My job is to try to convey this message to the international community. We want to be pretty much like anywhere else in the world: we don’t want to hold up transactions, we want to review them quickly and whenever there are anti-competitive concerns, then we might object to the merger. That’s pretty much putting us on the same level as all of the other major competition authorities right now. The*



institucionais trazidas pela Lei nº 12.529/2011, é refletido nos exames já feitos por esta autarquia nos meses iniciais da vigência da nova lei, quando as análises de atos de concentração sumários ocorreram em períodos inferiores a 30 (trinta) dias. Até novembro de 2012, 92 (noventa e duas) operações foram notificadas ao CADE, que já concluiu a análise de 66 (sessenta e seis) operações desse total. O tempo médio de tramitação dos atos de concentração de rito ordinário submetidos ao CADE foi de 48 (quarenta e oito) dias, ao passo que os de rito sumário foram analisados por aquela autarquia no tempo médio de 19 (dezenove) dias<sup>27</sup>.

Nesse contexto, é emblemático o caso da Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool (“CBAA”), cujo parque industrial para processamento e moagem de cana de açúcar e etanol foi adquirido pela Canabrava Bioenergia Participações (“CBPar”). A operação<sup>28</sup>, submetida ao CADE em 17 de julho de 2012, foi aprovada em apenas 12 dias, prazo de suma importância no caso, tendo em vista que a CBAA se encontrava em processo de recuperação judicial desde 2009<sup>29</sup>.

Espera-se que o CADE mantenha o rigor que tem adotado nesses primeiros meses de vigência da Lei nº 12.529/2011 no que diz respeito à celeridade com que examina as operações. Como já mencionado, a demora na permissão para a consumação de atos de concentração poderá trazer prejuízos às partes e até reduzir as eficiências provenientes de determinada operação. Em tal contexto, as partes estariam cercadas de incentivos para desenvolver estratégias que, se por um lado, buscam assegurar a concretização do ato e os seus resultados, por outro, poderão levar à sua consumação precoce. Dessa forma, a necessidade de

---

*pre-merger notification system will be a big step towards that. It's OK that people were anxious about what we were going to do. But it's also fair to say that they are getting more comfortable with us now that I'm trying to send this message that we are going to give you pretty much what you see in Europe and what you see in the United States, merger-wise”. (KNOX, Ron. An interview with Carlos Ragazzo. In Global Competition Review. Disponível em: < <http://www.globalcompetitionreview.com/rss/features/article/32190/>>. Acesso em: 23 de setembro de 2012.*

- 27 CARVALHO, Vinícius Marques de. **Nova Lei do CADE: um balanço dos primeiros meses**. Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcendencia/PALESTRAS/Vinicius%20Marques%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.
- 28 Ato de Concentração nº 08700.005200/2012-15. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?x=a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.
- 29 Conforme noticiado pelo Valor Econômico “o tempo de análise foi excelente, mesmo se comparado com os órgãos antitruste dos EUA e da Europa”, disse o advogado Aurélio Marchini Santos do escritório de Cascione, Pulino, Boulos & Santos, que conduziu o caso. Segundo ele, a grande dúvida dos escritórios é se essa celeridade vai se confirmar em outros negócios submetidos ao Cade. ‘A nossa impressão é de que deve se confirmar em boa parte das operações’, afirmou. Para o advogado Ricardo Franco Botelho, o Cade tem demonstrado agilidade, desde a entrada em vigor da nova Lei Antitruste (nº 12.529), em 29 de maio. ‘O Conselho dá sinais de que compreendeu a dimensão de seu novo desafio e que fez o dever de casa de preparação para o regime de controle prévio’, disse Botelho” (BASILE, Juliano. *Cade dá Aval à Compra da CBAA pela Cana Brava*. In **Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www1.valoronline.com.br/empresas/2769832/cade-da-aval-compra-da-cbaa-pela-canabrava#ixzz27Fr3tWp9>>. Acesso em: 22 de setembro de 2012).

monitorar operações durante o período de análise e a questão do *gun-jumping* também surgem como preocupações a serem tratadas em um sistema de análise prévia de atos de concentração, conforme será tratado nos próximos capítulos.

## 2. A atual importância de se discutir gun-jumping no Brasil

Conforme apresentado no capítulo anterior, a Lei nº 12.529/2011 introduziu no Brasil a obrigatoriedade da apresentação prévia de atos de concentração, cumulada com um período de espera. Durante o referido período, que se inicia com a submissão da operação ao CADE, as partes devem permanecer independentes e manter as condições de concorrência nos mesmos níveis que precediam as negociações da operação e até mesmo a assinatura do contrato.

Ainda que a maior parte dos atos de concentração não traga preocupações concorrenciais<sup>30</sup> e, em verdade, seja pró-competitiva, a exigência de manutenção do *status quo* anterior à operação busca evitar alterações deletérias nas condições do mercado, causadas por operações que poderão ser aprovadas com restrições ou até mesmo reprovadas pelo CADE. Tomemos, como exemplo, eventuais trocas de informações concorrencialmente sensíveis pelas empresas requerentes enquanto aguardam a aprovação da operação ou o decurso do período de análise. Nesse caso, se a operação for rejeitada, tais empresas (especialmente a compradora em relação à vendedora) obtiveram informações suficientes que poderão alterar as condições de concorrência entre as mesmas e que poderão induzir a adoção de condutas colusivas tácitas e até mesmo facilitar a formação de conluios em momentos posteriores.

Segundo Leonor Cordovil, o propósito da análise prévia é impedir que as autoridades antitruste tenham que se dedicar ao desfazimento de operações prejudiciais à concorrência ou que as empresas troquem informações sensíveis que venham a comprometer as condições competitivas entre as mesmas<sup>31</sup>.

30 Segundo levantamento feito por Ana Paula Martinez, dos casos julgados entre 1994 e 2010, “aproximadamente 4,5% dos atos sofreram restrições e menos do que 0,1% foram reprovados. Se excluirmos das restrições aquelas relacionadas à apresentação da versão final do contrato firmado e restrição de cláusula de não concorrência, esse percentual é reduzido a 1,6% (estimativa conservadora)”. (MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil*. In *Temas Atuais de Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p.46-47).

31 “O objetivo da fixação deste prazo é evitar que, após consumada a operação, as agências tenham que desfazê-la porque ela representa restrição indevida à concorrência ou, o que interessa a este estudo, quando ao decidir desfazer a operação, as partes já tenham trocado informações sigilosas sobre mercado, prejudicando ou tornando inviável a retomada da competição entre elas. Além disso, a proibição faz com que o status de agentes distintos seja preservado para a investigação das autoridades, evitando que seja analisada uma realidade concorrencial já desvirtuada”. (CORDOVIL, Leonor. *Gun-Jumping or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?* Disponível em: <[www.direitogov.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc](http://www.direitogov.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc)>. Acesso em: 03 de maio de 2012).

Contudo, nem sempre é possível ou desejável proibir toda e qualquer atividade das empresas requerentes que impliquem alguma troca de informação ou aproximação de suas atividades até o término ou o decurso do prazo da análise. Muitas vezes, essas ações são imprescindíveis para que as partes, principalmente a compradora, possam realizar *due diligences* e, assim, estimar os riscos e o preço do negócio, evitar a sua desvalorização, planejar a transição, organizar os investimentos necessários e ainda garantir a realização das eficiências decorrentes da operação<sup>32</sup>.

É nesse contexto que o *gun-jumping* passa a ter relevância no Brasil. *Gun-jumping* ou *premerger coordination* são expressões que correspondem às atividades praticadas pelas partes já nos momentos que antecedem a operação, para facilitar e até mesmo garantir a sua consumação. Assim, o *gun-jumping* pode ocorrer desde as negociações iniciais até a autorização das autoridades antitruste ou o encerramento do período de análise, quando, então, é possível ocorrer a integração das atividades<sup>33</sup>.

Embora de forma sutil, é possível identificar distinções doutrinárias quanto à definição de *gun-jumping*, mais especificamente quanto ao caráter ilícito da expressão. Para alguns doutrinadores, a expressão *gun-jumping* refere-se a **atos proibidos** pela legislação antitruste em que as partes integram suas operações antes da autorização para o fechamento da operação. Nesse sentido, Claudia R. Higgins e David S. Copland definem *gun-jumping* como o

termo coloquial aplicado por advogados de antitruste para descrever a violação à lei antitruste na qual os negócios ultrapassaram os limites permitidos — seja durante as negociações ou durante a preparação das empresas para os negócios posteriores ao fechamento<sup>34</sup>.

32 Conforme alerta Michael C. Naughton, “não obstante o risco de análise concorrencial, a necessidade de coordenar atividades e compartilhar informação é frequentemente forte e legítima. Mesmo antes da assinatura do contrato de aquisição, frequentemente informação sensível precisa ser trocada para facilitar a *due diligence* e a avaliação necessárias pelo comprador. Uma vez que as partes assinaram um acordo de fusão ou aquisição, elas estão altamente motivadas a começar a planejar a integração e esse plano tipicamente requer a troca de informação confidencial e um certo nível de coordenação. Além disso, as partes podem desejar evitar investimentos ineficientes (algumas vezes duplicados ou desperdícios) por uma parte ou outra durante o período de pré-fechamento”. (NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions*. Disponível em: < [http://www.stblaw.com/google\\_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899](http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899)>. Acesso em: 18 de novembro de 2012). (Tradução livre)

33 No caso brasileiro, mais especificamente, esse período ainda se estende por 15 dias após a aprovação pela Superintendência-Geral de casos simples, tendo em vista a possibilidade de impugnação por terceiros ou a avocação pelo Tribunal Administrativo. Dessa forma, o artigo 132 do RICade dispõe que “aprovado o ato de concentração pela Superintendência-geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para o recurso ou para a avocação”. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c27684956fa47bb84dfa4d1a3616>>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

34 HIGGINS, Claudia R. COPLAND, David S. *How to Avoid Gun Jumping*. Disponível em: <[http://www.kayescholar.com/news/publications/2007054/\\_res/id=sa\\_File1/MC](http://www.kayescholar.com/news/publications/2007054/_res/id=sa_File1/MC)>. Acesso em: 03 de maio de 2012. (Tradução livre)

Para outros, a definição de *gun-jumping* é mais ampla e abarcaria toda e qualquer atividade praticada anteriormente à consumação da operação com o objetivo de facilitá-la, viabilizá-la ou assegurá-la após a autorização concedida pelas autoridades antitruste. Nesse caso, são distinguidas as condutas de *gun-jumping* que seriam ilegais daquelas que seriam autorizadas pela legislação concorrencial<sup>35</sup>. Esse parece ser o entendimento de Leonor Cordovil, para quem

ambos os termos — *gun-jumping* e *premerger coordination* — se prestam a denominar os **atos imediatamente anteriores à efetiva concentração econômica** entre dois grupos ou empresas, momento em que é necessário que estes agentes troquem informações, dialoguem, comuniquem-se. O maior desafio é delinear quando esta movimentação é saudável para a concorrência e, quando, ao contrário, ela ultrapassa os limites necessários à futura concentração, passando a ser uma boa e ilegal oportunidade para troca de estratégias e coordenação entre concorrentes<sup>36, 37</sup>.

Como o tema é relativamente novo no Brasil e só passou a ser preocupação com a entrada em vigor das novas regras que determinam a análise prévia, é importante mencionar que ainda não há posicionamento claro da doutrina brasileira quanto ao sentido que será adotado para a expressão. Em artigo escrito ainda sob a vigência da antiga lei de defesa da concorrência, Leonor Cordovil tratou da questão do *gun-jumping* ou *premerger coordination* enquanto a “coordenação entre as empresas ou grupos econômicos antes de uma operação de concentração<sup>38</sup>”. Contudo, deve ser observado que o referido trabalho tratou da questão do *gun-jumping* no Brasil quando ainda vigia o sistema de análise posterior dos atos de concentração e as partes estavam autorizadas a trocar qualquer tipo de informação e realizar qualquer procedimento necessário à consumação

35 Para fins deste trabalho, entende-se que *gun-jumping* é conceito que inclui tanto as atividades lícitas quanto as ilícitas praticadas pelas partes nos momentos que antecedem a operação, sendo necessário distinguir *gun-jumping* ilícito e *gun-jumping* lícito. Isso porque, se adota o posicionamento de que algum grau de integração entre as empresas requerentes é necessário, principalmente após a assinatura do instrumento vinculativo formal e da submissão do ato às autoridades antitruste, quando as partes estão engajadas em preparar a integração das empresas.

36 CORDOVIL, Leonor. **Gun-Jumping or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?** Disponível em: <[www.direitogu.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc](http://www.direitogu.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc)>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

37 Também nesse sentido, podemos citar Richard Liebeskind, que define *gun-jumping* como termo que se refere “a uma variedade de ações que as partes podem estabelecer antes do fechamento para facilitar a operação e acelerar a integração das empresas”. (LIEBESKIND, Richard. **Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger**. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2012).

38 CORDOVIL, Leonor. **Gun-Jumping or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?** Disponível em: <[www.direitogu.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc](http://www.direitogu.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc)>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

sem ter que aguardar a aprovação do CADE ou o decurso do prazo de análise. Nessa sistemática, a principal questão relacionada ao tema dizia respeito aos casos em que as partes trocavam informações e aproximavam suas atividades nos momentos que antecederiam a consumação da operação, mas depois desistiam da mesma. Como, à época, não havia dispositivos na legislação brasileira que tratassem da questão do *premerger coordination*, Leonor Cordovil desenvolveu um paralelo entre as práticas antecedentes à concentração e as condutas colusivas, estas, sim, puníveis sob a Lei nº 8.884/1994, indicando a distinção de tratamento que deveria ser dado a cada uma dessas práticas.

Igualmente, ainda não há posicionamento da doutrina brasileira quanto às atividades que estariam proibidas ou autorizadas pelas partes nos momentos antecedentes ao fechamento da operação. Até o momento em que este trabalho foi escrito, não houve qualquer manifestação do legislador ou das autoridades brasileiras de defesa da concorrência quanto a parâmetros mais claros a serem adotados para fins de caracterização do *gun-jumping*.

O legislador brasileiro se limitou a determinar que o controle dos atos de concentração será prévio e que tais atos não podem ser consumados antes de apreciados pelo CADE, estabelecendo que até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas<sup>39</sup>.

O RICade também se limitou a informar que o pedido de aprovação de atos de concentração econômica será prévio<sup>40</sup> e que

as partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes<sup>41</sup>.

Como se depreende da leitura acima, tanto a Lei nº 12.529/2011, quanto o RICade ainda não elucidaram suficientemente o que seria “consumar” a operação. Pelo contrário, o regimento utilizou diversos conceitos abertos e

39 Artigo 88 da Lei nº 12.529/2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

40 Artigo 108, *caput*, do RICade. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201\\_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

41 Artigo 108, §2º, do RICade. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201\\_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

indeterminados, como “informações concorrencialmente sensíveis” ou “estritamente necessárias”, exigindo, por um lado, um esforço maior do intérprete e garantindo, por outro, uma maior liberdade para os aplicadores do Direito, à qual corresponde certa insegurança jurídica por parte dos administrados. O que seria “manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas”? Seriam vedadas todas e quaisquer alterações nas estruturas físicas? O que caracterizaria a influência de uma parte sobre a outra? O que seriam informações concorrencialmente sensíveis estritamente necessárias para a celebração do instrumento formal que vincule as partes?

As respostas a essas perguntas são importantes para que as empresas requerentes possam organizar estrategicamente a operação, principalmente diante da possibilidade de o CADE aplicar multa “às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da operação<sup>42</sup>”.

Evidentemente, em alguns casos, a ilicitude das atividades das requerentes no momento anterior ao fechamento da operação é latente. É o caso, por exemplo, da coordenação de preços e condições de vendas oferecidas a clientes antes do aval do CADE (ou do término do período de revisão), uma vez que claramente implica a integração prematura dos concorrentes e altera as condições concorrenciais do mercado. Contudo, há uma zona cinzenta, em que a análise da ilicitude das atividades praticadas se torna mais sensível, principalmente no que diz respeito à troca de informações necessárias para fins de *due diligence* e avaliação do valor da empresa ou dos ativos adquiridos.

Dessa forma, propõe-se a identificar neste trabalho, com base na doutrina e na jurisprudência alienígena, bem como por meio de análise minuciosa dos Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação celebrados pelo CADE durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, os quais previam medidas impeditivas da consumação da operação, a extensão das ações que poderiam ser praticadas pelas empresas requerentes até a autorização do SBDC ou o decurso do prazo de análise da operação.

### 3. A experiência estrangeira no tratamento do gun-jumping: Estados Unidos e União Europeia

Uma vez que não há parâmetros claros na legislação brasileira sobre os limites das partes em processo de concentração, o presente capítulo pretende analisar a experiência estrangeira no tratamento do *gun-jumping*, para que, a partir desta, seja possível retirar exemplos e regras que possam ser aplicados ao caso brasi-

42 Artigo 112 do RICade. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201\\_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

leiro. Para tanto, serão revisadas as legislações dos Estados Unidos e da União Europeia e discutidos os casos notórios de *gun-jumping* já decididos nessas jurisdições.

### 3.1. Análise da Legislação Estrangeira

#### 3.1.1. A Legislação dos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (*Department of Justice Antitrust Division* — “DoJ”) e a *Federal Trade Commission* (“FTC”) analisam a questão do *gun-jumping* ilegal sob o enfoque de três legislações específicas, quais sejam, (i) a Seção 7A do *Clayton Act* (também conhecida como *Hart-Scott-Rondino Antitrust Improvements of 1976* — “HSR Act”); (ii) a Seção 1 do *Sherman Act* e; (iii) a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act*.

A Seção 7A do *Clayton Act*<sup>43</sup> introduziu, nos Estados Unidos, a obrigatoriedade de notificação prévia de determinados atos de concentração ao DoJ e à FTC e estabeleceu um período de espera (*waiting period*), ao final do qual a operação poderá, então, ser consumada. Durante o período de espera, geralmente de 30 (trinta) dias<sup>44</sup>, as autoridades antitruste revisam as operações que lhe são apresentadas a fim de verificar aquelas que trariam efeitos deletérios ao ambiente competitivo.

De acordo com Michael C. Naughton, o *HSR Act* será violado se uma pessoa “adquirir ações com direito a voto ou ativos de outra até que ambas tenham notificado a operação e o período de espera do HSR tenha expirado<sup>45</sup>”. Como o *HSR Act* não define o que seria “adquirir”, para o autor, é possível que se busque a interpretação deste dispositivo a partir do significado de “pessoa adquirente”, que é definida pela legislação americana como aquela que passará a deter (*hold*) a propriedade (de fato) dessas ações e/ou ativos antes mesmo da devida transferência, o que é denominado pela legislação americana de *beneficial ownership*. Embora o conceito de *beneficial ownership* não tenha sido definido pelo *HSR Act*

43 A íntegra da Seção 7A do *Clayton Act* está disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18a>>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

44 Nos Estados Unidos, o período de espera é de 30 (trinta) dias em geral, mas será de 15 (quinze) dias nos casos de Oferta Pública de Aquisição e Falência. Esses prazos poderão ser estendidos mediante pedidos de informações e documentos adicionais (as quais, em regra, não constam no formulário submetido).

45 NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions*. Disponível em: <[http://www.stblaw.com/google\\_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899](http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899)>. Acesso em: 18 de novembro de 2012. (Tradução livre)



ou qualquer outra legislação<sup>46</sup> americana (para fins do controle de operações societárias), é possível adiantar parte do conteúdo deste conceito com base no Guia Instrutório de Notificação Prévia da FTC, que, baseado na Declaração de Base e Propósito<sup>47</sup> que acompanha as regras de notificação prévia nos EUA, dispõe que são elementos indicadores de *beneficial ownership* “o direito de receber um aumento no valor das ações com direito a voto, o direito de receber dividendos, a obrigação de suportar o risco de prejuízos e o direito de votar o capital<sup>48</sup>”.

Não obstante esta breve indicação, a análise da transferência do *beneficial ownership* nos EUA é casuística. Isso significa dizer que, na prática, a FTC e o DoJ analisam as circunstâncias do caso concreto a fim de averiguar se as atividades até então realizadas e as informações trocadas não passaram de mero planejamento da operação ou se, pelo contrário, excederam os limites aceitáveis, acarretando a integração das atividades das empresas requerentes. Em suma, as autoridades americanas reconhecem que certa coordenação prévia é necessária e aceitam os benefícios decorrentes do planejamento da operação e de *due diligences*, formas de coordenação prévia, mas condenam os atos que ultrapassem os limites razoáveis e necessários para fins da operação, o que é verificado caso a caso.

Finalmente, a Seção 1 do *Sherman Act* veda a realização de acordos anti-competitivos entre empresas independentes, como, por exemplo, os cartéis e os acordos de não concorrência, sendo as condutas, nesse caso, geralmente analisadas sob a regra da razão<sup>49</sup>, e a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act* proíbe atos ou práticas desleais ou enganosas que afetem o comércio.

É importante observar que a prática de *gun-jumping* ilegal não necessariamente violará os três diplomas simultaneamente, já que cada um tem seus requisitos específicos. Como se verá no capítulo destinado ao tratamento dos

46 A esse respeito, é importante observar que embora o conceito de *beneficial ownership* seja definido na Seção 16 do *Securities and Exchange Act* de 1934, o mesmo não se aplica à Seção 7A do *Clayton Act* e, portanto, às questões de *gun-jumping*, tendo em vista os diferentes escopos de cada legislação.

47 *The Statement of Basis and Purpose*, 43 Fed. Reg. 33458. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/fedreg/1978/august/780804-43FR34443.pdf>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

48 FTC. *Introductory Guide II — To file or not to file: When you must file a premerger notification report form*. Pp. 11. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide2.pdf>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012. (Tradução livre)

49 Segundo Krisztian Katona, da FTC, para fins da análise sobre a violação do *Sherman Act*, é aplicada a regra da razão, pela qual são analisados os benefícios da conduta e os seus efeitos anticompetitivos, sendo feita uma ponderação entre ambos. Além disso, é verificado se a conduta foi realmente necessária para atingir os benefícios verificados ou se, pelo contrário, ultrapassou os limites razoáveis para atingi-los, bem como se há outras formas de alcançar os ganhos proporcionados pela conduta. (KATONA, Krisztian. *Gun-Jumping: The U.S. Experience and Challenges for the New Brazilian Merger Control Regime*. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcurrenacia/PALESTRAS/Krisztian%20Katona.pdf>>. Acesso em 19 de novembro de 2012).



casos americanos, em muitas ocasiões as denúncias foram feitas somente com base na violação ao *HSR Act*.

### 3.1.1.1. O Discurso de William Blumenthal<sup>50</sup>

Ainda em relação à legislação americana e sua interpretação, é importante tecer alguns comentários sobre a emblemática declaração dada por William Blumenthal (*General Counsel* da FTC) em 2005, a qual elucidou, nos EUA, os limites das empresas requerentes durante o período de análise da operação.

Nesta ocasião, o Conselheiro afirmou que, por um lado, as agências antitruste americanas reconhecem a necessidade e a razoabilidade da troca de determinadas informações e de algumas formas de coordenação e colaboração anteriores à autorização das autoridades, para que a implementação da operação e a realização de eficiências não sejam colocadas em perigo. Destacou ainda a importância de realizar *due diligences*, de planejar a transição, de definir os objetivos da operação, de estabelecer a responsabilidade de administradores e, principalmente, de implementar rapidamente a operação, fatores que estão intrinsecamente relacionados ao sucesso da operação<sup>51</sup>.

Por outro lado, o Conselheiro reforçou o posicionamento das autoridades americanas de que concorrentes em processo de concentração devem se manter independentes e exercer suas atividades enquanto entidades separadas até que possam, legalmente, consumir a operação. Desta forma, concluiu ser necessário esclarecer o que seria proibido ou permitido já que a legislação americana não

50 Todas as informações mencionadas nesse capítulo foram retiradas da declaração de William Blumenthal dada em Seminário realizado em Nova York no ano de 2005. (BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping: remarks before the association of corporate counsel*. Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. New York, 2005. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2012).

51 Para tanto, William Blumenthal se baseou na pesquisa realizada por Paul A. Pautler sobre os fatores que influenciam o sucesso ou insucesso de operações de fusão e aquisição: “the list of factors that help in achieving success vary depending upon the type of transaction, but commonly reported findings that apply to a wide range of circumstances based on the results of the surveys of corporate executives include: mergers that retain the main focus of the firm result in better outcomes; mergers of equal-sized firms work less often than others; **Early planning for the integration of the new physical and human assets improves the chances of success**; **Fast-paced integration and early pursuit of available cost savings improves outcomes**; managers must designate the merger integration leader and provide appropriate incentives; managers must be cognizant of cultural differences between organizations and avoid conflicts, in part, via frequent, tailored communication with employees, customers, and stakeholders; particularly in mergers involving technology and human capital, managers must retain the talent that resides in the acquired firm; customer and sales force attrition must be minimized”. (PAUTLER, Pautler A. *The Effects of Mergers and Post-Merger Integration: A Review of Business Consulting Literature*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/rt/businessreviewpaper.pdf>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012).

chega a definir o que seria *beneficial ownership*. Para Blumenthal, a identificação do proprietário de fato poderia estar relacionada a diversos fatores como: “o direito de receber o valor do ativo subjacente, o risco de perda de valor, o direito de receber dividendos, o direito de votar ou designar a gestão, e a discricionariedade sobre investimentos<sup>52</sup>”.

Embora a análise da questão do *gun-jumping* seja, na opinião do Conselheiro, casuística, em seu discurso foram traçados alguns parâmetros de análise. Segundo William Blumenthal, os próprios contratos celebrados já preveem alguns fatores que indicam a propriedade de fato, como a transferência dos riscos de perda ou ganho do vendedor para o comprador, ajustes de capital, fórmulas de distribuição, limitação da discricionariedade do vendedor para a realização de investimentos ou alienação de ativos, etc. Contudo, o Conselheiro reconheceu que tais fatores não são, em si, proibidos, o sendo somente na medida em que aumentam os poderes da empresa adquirente sobre os negócios da empresa adquirida, o que ocorre, principalmente, nos casos de acesso a informações confidenciais e controle sobre decisões-chaves da empresa.

Blumenthal ainda expôs que *due diligences* e planos de integração ordinários deveriam ser avaliados sob a regra da razão, uma vez que são, respectivamente, atividades importantes para a fluidez e integridade do mercado de capitais e para a integração rápida e efetiva dos negócios. Ademais, em relação a essas atividades, o Conselheiro observou que as próprias partes tendem a não divulgar informações confidenciais, que poderiam deixá-las em situação de vulnerabilidade perante os demais concorrentes, que viessem a se aproveitar de tais informações, como o *know how* de determinados produtos. Contudo, o Conselheiro alertou para o fato de que mesmo estas atividades poderão ser questionadas em operações envolvendo empresas que atuam em mercados nos quais a rivalidade é baixa. Nessa situação, o planejamento da transição (o que inclui, por exemplo, a discussão das atividades no pós-operação, como preços, comercialização, estratégias, marca, contratos com clientes e investimentos) poderá causar efeitos deletérios ao mercado durante o período que antecede a consumação ou nos casos de reprovação ou desistência da operação.

O Conselheiro também não se mostrou inteiramente contrário a planejamentos da transição que requeiram desde logo algum tipo de implementação da operação, mas observou que é necessário verificar as circunstâncias e se a im-

52 BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping: remarks before the association of corporate counsel*. Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. New York, 2005. Pp. 8. Disponível em: < <http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2012. (Tradução livre)

plementação seria necessária para atingir os objetivos da operação. Em relação à negociação conjunta pelas empresas requerentes, William Blumenthal chamou atenção para o fato de que as autoridades americanas não tendem a tolerar a coordenação prematura no que diz respeito a preços a serem cobrados durante o período de revisão ou a alocação de contas. Entretanto, diferenciou a comercialização conjunta de produtos da publicidade conjunta da operação. Neste caso, não haveria oposição a campanhas publicitárias que “simplesmente anunciam ou apoiam a operação em si”<sup>53</sup>. Isso porque o que interessa para as agências é o comportamento do comprador em direcionar o curso das atividades ordinárias do vendedor no que diz respeito a campanhas publicitárias, principalmente se a empresa adquirente concorre no mesmo mercado.

### 3.1.2. A Legislação da União Europeia

Na Europa, a questão do *gun-jumping* é tratada pela Comissão Europeia sob o enfoque de duas legislações: (i) o Regulamento 139/2004<sup>54</sup>, que dispõe sobre o controle de concentrações de empresas (*EC Merger Regulation*), e; (ii) o artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>55</sup>.

O Regulamento 139/2004 exige a notificação previa dos atos de concentração seguida de um período de espera. Conforme dispõe o seu artigo 4º,

concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão **antes da sua realização** e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição de uma participação de controle<sup>56</sup>.

O artigo 7º do referido Regulamento, por sua vez, trata da suspensão da concentração, determinando que “uma concentração de dimensão comunitária no artigo 1º, incluindo a concentração que será examinada pela Comissão [...]”

53 BLUMENTHAL, William. **The rhetoric of gun-jumping: remarks before the association of corporate counsel**. Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. New York, 2005. Pp. 13. Disponível em: < <http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2012. (Tradução livre.)

54 A íntegra do Regulamento 139/2004 da União Europeia está disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>>. Acesso em 18 de novembro de 2012.

55 A íntegra do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia está disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>>. Acesso em 18 de novembro de 2012.

56 Artigo 4º, **Regulamento 139/2004 da União Europeia**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>>. Acesso em 18 de novembro de 2012.

**não pode ter lugar** nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum [...]”<sup>57</sup>.

Neste ponto, é crucial observar que, assim como a legislação americana, o Regulamento 139/2004 também não especificou o que seria a “realização” de uma operação, nem os atos que possam fazer com a que a operação “tenha lugar”.

Por fim, a questão do *gun-jumping* também é tratada na UE sobre o enfoque do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que reconhece a incompatibilidade com o mercado interno e proíbe:

todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno<sup>58</sup>.

### 3.1.3. Breve Conclusão sobre a Análise das Legislações Americana e Europeia

Como visto acima, assim como a nova legislação brasileira sobre a análise prévia dos atos de concentração, as legislações dos EUA e da UE não listam as condutas que implicariam a ocorrência de *gun-jumping* ilegal. Pelo contrário, as referidas normas se utilizam de conceitos amplos e indeterminados, tornando a análise casuística.

O discurso de William Blumenthal ajuda a concretizar o conteúdo das normas sobre *gun-jumping* nos Estados Unidos, principalmente no que diz respeito a fatores que poderão influenciar a decisão das autoridades americanas sobre a ocorrência, ou não, de violação das normas de notificação prévia. Dentre os fatores, citados pelo Conselheiro, que serão considerados nas análises e que, portanto, deverão ser considerados pelas empresas requerentes antes de tomar quaisquer medidas relacionadas à operação e no sentido de concretizá-la, estão a condição das empresas de concorrentes no mesmo mercado e a análise de rivalidade no mesmo.

Não obstante esses esclarecimentos é importante analisar os casos já decididos nessas jurisdições, que poderão nos trazer exemplos mais concretos das atividades que o CADE poderá vir a considerar, no Brasil, como violação do

57 Artigo 7º, Regulamento 139/2004 da União Europeia. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>>. Acesso em 18 de novembro de 2012.

58 Artigo 101, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>>. Acesso em 18 de novembro de 2012.

regime de análise prévia da operação e que, assim, deverão ser evitadas pelas partes em processo de concentração.

### 3.2. Análise dos Casos Estrangeiros

A análise da jurisprudência americana<sup>59</sup> e europeia<sup>60</sup> permitiu a identificação de algumas atividades que poderão ser consideradas como violação do regime de análise prévia dos atos de concentração e que, assim, deverão ser evitadas pelas empresas requerentes da operação até a sua aprovação.

Mais que descritiva, a revisão dos casos selecionados feita a seguir propõe-se a indicar aquelas condutas que poderiam violar os comandos previstos genericamente no RICade, quais sejam, a manutenção das estruturas físicas e das condições competitivas inalteradas e a vedação do exercício de influência de uma parte sobre a outra e de troca de informações sensíveis que não sejam estritamente necessárias para a operação. Para fins deste trabalho, somente foram selecionados os principais casos de *gun-jumping* ilegal indicados pela doutrina, nos quais a prática ocorreu em razão da consumação de operação notificada antes da autorização das autoridades competentes ou do decurso do prazo de análise. Não foram selecionados os casos de *gun-jumping* por ausência de notificação.

#### 3.2.1. Análise dos Casos dos Estados Unidos

A trajetória dos Estados Unidos no que diz respeito à investigação e punição da prática de *gun-jumping* ilegal é amplamente reconhecida, diferentemente do que ocorre na União Europeia, cuja experiência será estudada mais adiante.

No caso *In re Commonwealth Land Title Ins. Co. (1998)*<sup>61</sup>, a principal questão discutida foi a reunião dos ativos e das atividades das empresas em

59 Para fins deste trabalho foram analisados os seguintes casos da jurisprudência americana: Titan Wheel International, Inc. e Pirelli Armstrong Tire Corporation (1996); Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc. (2001); Qualcomm Incorporated e Flarion Technologies, Inc. (2006); Qualcomm Incorporated e Flarion Technologies, Inc. (2006); e Smithfield Foods, Inc., Premium Standard Farms, LLC (2010), *In re Commonwealth Land Title Ins. Co. (1998)* e; *In re Insilco Corp. (1998)*.

60 Para fins deste trabalho foi analisado o seguinte caso: *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (1997).

61 No caso *In re Commonwealth Land Title Ins. Co. (1998)*, a operação consistia na formação de uma *Joint Venture* entre a Commonwealth Land Title Insurance Company e a First American Title Insurance Company, as maiores empresas prestadoras de serviços de informação sobre registros de bens imóveis no Distrito de Columbia. As empresas reuniram os seus negócios, inclusive os seus ativos, antes mesmo da notificação da operação, rescindiram contratos, alteraram as condições e os termos de contratação, aumentaram preços e deixaram de prestar determinados serviços antes de autorizadas a consumir a operação. As autoridades antitruste americanas entenderam que as referidas condutas violaram a Seção 5 do *Federal Trade Commission*

processo de concentração antes de autorizadas pelas autoridades competentes, além da rescisão de diversos contratos com clientes e usuários, majoração de valores cobrados, redução da oferta de serviços e alteração das condições e dos termos de contratação por meio de formulário denominado *Interim Plant Use Agreement*, que estabelecia os novos preços dos serviços. Como pode ser observado, as condutas praticadas puderam alterar as estruturas físicas das empresas e, conseqüentemente, as condições competitivas entre as partes.

O caso *Titan Wheel International, Inc. e Pirelli Armstrong Tire Corporation* (1996)<sup>62</sup> também permitiu identificar condutas que poderão ser consideradas como violação do dever de manter as condições competitivas do mercado inalteradas. Neste caso, o DoJ entendeu que a previsão contratual de **posse e o uso imediatos dos ativos** que estavam sendo adquiridos e o fato de a **empresa adquirente ter ficado à frente da produção da empresa adquirida** teriam transferido a propriedade de fato (*beneficial ownership*) dos ativos de uma para a outra.

Já no que diz respeito ao exercício de influência de uma parte sobre a outra, é emblemático na jurisprudência norte-americana o caso *Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc.* (2001)<sup>63</sup>. Nesse

---

Act e a Seção 7A do *Clayton Act*. (FTC. **Complaint N° C-3835: United States of America Before Federal Trade Commission vs. Commonwealth Land Title Insurance Company**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/1998/08/9810127.cmp.htm>>. Acesso em 15 de novembro de 2012).

A proposta de acordo feita pelas autoridades americanas obrigou as empresas envolvidas a separar fisicamente todos os ativos e conteúdos da Commonwealth da First American e a realocação da Commonwealth no Distrito de Columbia em localidade distinta daquela da First American, devendo a primeira empresa manter suas operações. Também determinou que os contratos celebrados no período interino fossem rescindidos e que as condições, os termos e os preços voltassem ao patamar praticado antes da operação, além do ressarcimento dos consumidores que tenham sido prejudicados pelas condutas descritas acima. Por fim, determinou que a Commonwealth não adquirisse ativos ou realizasse operações societárias com empresas que atuassem no mesmo ramo no Distrito de Columbia pelo período de 10 anos. (FTC. **Agreement Containing Consent Order**. United States of America Before Federal Trade Commission vs. Commonwealth Land Title Insurance Company. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/1998/08/9810127.agr.htm>>. Acesso em 15 de novembro de 2012).

- 62 A operação consistia na aquisição, pela Titan Wheel International, Inc., de determinados ativos da Pirelli Armstrong Tire Corporation, que atuava no mercado de produção e venda de cabos e pneus. Contudo, o contrato celebrado entre as empresas permitia a posse e o uso imediato dos ativos (não o título) enquanto pendente o fechamento da aquisição, sujeitos ao desfazimento. Desse modo, mesmo antes do fechamento da operação, a Titan chegou a ficar à frente da produção de pneus. A FTC requereu o ajuizamento de ação civil contra a Titan por violação do requisito da submissão obrigatória de atos de concentração às autoridades antitruste americanas, conforme previsto na Seção 7A do *Clayton Act* (ou *HSR Act*). Em maio de 1996, a Titan realizou um acordo com as autoridades americanas, pelo qual foi obrigada a pagar multa estipulada no valor de US\$ 130.000,00 (cento e trinta mil Dólares). (DoJ. **Ação Civil N° 1:96CV01040**. United States of America, Department of Justice v. Titan Wheel International Inc. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9410110/960507/titanwheelcmpt.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2012).

- 63 A operação consistia na aquisição da *Platinum Technology International, Inc.* ("Platinum") pela *Computer Associates International, Inc.* ("Computer Associates"), principais concorrentes no mercado de *softwares* para *mainframes* (computadores de grande porte). No contrato, havia o capítulo sobre a conduta dos

caso, o contrato realizado entre as empresas requerentes do ato de concentração estabelecia e limitava a forma como a empresa adquirida deveria conduzir os seus negócios, reduzindo a sua independência ao limitar as condições em que os serviços poderiam ser prestados e ao exigir autorização da adquirente (mediante formulário de pré-aprovação) para a prestação dos serviços fora das referidas condições, principalmente no que dizia respeito aos descontos oferecidos. O contrato ainda previa a responsabilização do CEO e do CFO da empresa adquirida no caso de descumprimento de tais condições. Neste caso, também houve a instalação de funcionários da empresa adquirente na empresa adquirida, os quais tiveram acesso a informações concorrencialmente sensíveis, como a relação de clientes e ofertas competitivamente sensíveis. Por fim, é importante mencionar que a empresa adquirente chegou a tomar decisões sobre a realização de receitas e a participação da empresa adquirida em feiras industriais.

Ainda em relação ao caso *Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc.*, merece destaque o acordo celebrado entre a Computer Associates e o Governo, o qual proibiu a empresa adquirente de realizar determinadas condutas que poderiam ser consideradas como *gun-jumping*. Pelo acordo, a Computer Associates estaria proibida de realizar qualquer acordo em que constasse a possibilidade de, antes de autorizada pelas autoridades:

- a) estabelecer algum preço ou desconto por qualquer produto ou serviço da outra parte a ser adquirido, usado ou revendido nos Estados Unidos; b) garantir para uma parte integrante da transação o direito de negociar, aprovar ou rejeitar qualquer oferta ou contrato com o cliente por qualquer produto ou serviço da outra parte a ser adquirido, usado

---

negócios (*Conduct of Business*), o qual estabelecia compromissos e a forma pela qual a Platinum deveria conduzir suas atividades durante o período pré-consumação. Embora o capítulo contivesse cláusula que estabelecia que a Platinum deveria conduzir suas atividades ordinárias da mesma forma com que as conduzia até então, o que é comum nestes contratos de aquisição, havia outras cláusulas que limitavam a independência da Platinum no que diz respeito a preços, descontos, prestação de determinados serviços e período de prestação. Isso porque se passou a exigir dos clientes o preenchimento de formulário de “pré-aprovação” do contrato, que continha espaço destinado à aprovação por equipe composta por funcionários da Platinum e também da Computer Associates, que ocupavam cargos nas instalações daquela, tendo acesso a diversas informações concorrencialmente sensíveis da Platinum, principalmente em relação aos seus clientes, sem qualquer restrição de seu uso ou divulgação pela Computer Associates. Em razão das disposições contratuais e das condutas praticadas pelas empresas no momento pré-consumação, as mesmas foram acusadas de violar a Seção 1 do *Sherman Act* e a Seção 7A do *Clayton Act* já a partir da assinatura do contrato. As empresas realizaram acordo com as autoridades americanas, pelo qual foram obrigadas pagar, conjuntamente, multa estipulada no valor de US\$ 638.000,00 (seiscentos e trinta e oito mil Dólares). Por fim, é importante observar que a operação foi questionada pelo DoJ, em razão da eliminação da principal rival da Computer Associates. (DoJ. Ação Civil N° 1:99CV01318. United States of America v. Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f214300/214391.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2012).

ou revendido nos Estados Unidos; c) requerer que a outra parte forneça informação sobre proposta para a outra parte por qualquer produto ou serviço a ser adquirido, usado ou revendido nos Estados Unidos<sup>64</sup>.

Por outro lado, o mesmo acordo estabeleceu que as restrições acima impostas não poderiam proibir a Computer Associates em uma aquisição a:

a) acordar que a pessoa a ser adquirida durante o período de pré-consumação deva continuar a operar no curso ordinário do negócio em consistência com as práticas passadas; b) condicionar a transação a um requerimento de que a pessoa a ser adquirida durante o período de pré-consumação não se engaje em condutas que poderiam causar mudanças materiais adversas no negócio; c) acordar que a pessoa a ser adquirida durante o período de pré-consumação não deva oferecer ou celebrar qualquer contrato que garanta a qualquer pessoa o reforço dos seus direitos ou o reembolso pela mudança de controle da empresa a ser adquirida; d) acordar que ambas as partes possam realizar *due diligence* em padrões razoáveis e costumeiros antes do fechamento da operação, e realizar esta *due diligence*. Contudo, se a Computer Associates e a outra parte são competidores em qualquer produto ou serviço que esteja sujeito a qualquer proposta pendente, a parte poderá obter informação sobre a proposta pendente da outra parte para fins da *due diligence* somente na proporção que essas propostas sejam substancial para o entendimento dos ganhos futuros e perspectivas da outra parte e somente submetido a um acordo de não divulgação. Esse acordo de não divulgação deve limitar o uso da informação para a realização da *due diligence* e deve também proibir a divulgação de qualquer informação a qualquer empregado das partes que receba a informação que esteja diretamente envolvido na comercialização, precificação ou venda de qualquer produto ou serviços que esteja sujeito a propostas pendentes; e) submeter uma proposta conjunta para um cliente onde uma proposta conjunta seria legal na ausência da aquisição planejada; e f) celebrar um acordo onde a Computer Associates e a outra parte da transação estão ou estariam em uma relação comprador/vendedor e o acordo seria legal na ausência da aquisição planejada<sup>65</sup>.

64 DoJ. **Proposed Final Judgment**. Ação Civil N° 1:99CV01318. United States of America v. Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/fl1000/11083.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2012. (Tradução livre)

65 DoJ. **Proposed Final Judgment**. Ação Civil N° 1:99CV01318. United States of America v. Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/fl1000/11083.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2012. (Tradução livre)



Igualmente, no caso **Qualcomm Incorporated e Flarion Technologies, Inc. (2006)**<sup>66</sup>, os dispositivos contratuais permitiam que a empresa adquirente exercesse certa influência sobre a empresa adquirida, pois estabelecia a forma pela qual a última deveria conduzir os seus negócios, proibindo-a de realizar determinados negócios, comercializar certos produtos e serviços e dar descontos sem o prévio consentimento da empresa adquirente, bem como de contratar funcionários e apresentar propostas a clientes que não se enquadrassem nos termos dos contratos já em vigor. O acordo também limitava o desenvolvimento da tecnologia da empresa adquirida nos termos de plano anexado ao contrato. Nesse sentido, além de possibilitar a influência de uma parte sobre a outra, os termos contratuais, quando postos em prática, também puderam alterar as condições competitivas entre as partes.

Ainda no que diz respeito ao exercício de influência entre as empresas requerentes, é importante mencionar o caso **Input/Output (1998)**<sup>67</sup>, em que a

---

66 O “Acordo e Plano de Reorganização”, pela qual a *Qualcomm Incorporated* (“Qualcomm”) adquiriria a *Flarion Technologies, Inc.* (“Flarion”), continha determinadas cláusulas que proibiam a Flarion de realizar algumas atividades relacionadas ao negócio sem o prévio consentimento da Qualcomm já durante o período de revisão da operação, reduzindo a discricionariedade daquela para conduzir seus negócios diários. Segundo o referido acordo, a Flarion deveria conduzir os negócios da mesma forma como os conduziu até então, mas a Qualcomm deveria dar o seu aval à Flarion na realização de determinados contratos (de acordo com o seu valor); contratação de funcionários (exceto no curso ordinário); na apresentação de propostas a clientes (principalmente pequenos clientes), embora a empresa ainda estivesse autorizada a vender seus produtos nos termos de contratos já em vigor e a manter o desenvolvimento de sua tecnologia em determinados países, mas limitada aos termos do Plano anexado ao acordo. A ingerência de uma empresa sobre a outra ultrapassou até mesmo os termos do acordo, tendo em vista que a adquirida chegou a solicitar a autorização inclusive para negócios ordinários, cujo consentimento prévio não era exigido pelo contrato. Em 2006, foi ajuizada a ação civil contra a Qualcomm e a *Flarion* por violações à Seção 7A do *Clayton Act*, mas as empresas celebraram acordo com o DOJ, que aplicou multa no valor de 1,8 milhões de Dólares. (DoJ. Ação Civil nº 1:06CV00672 (PLF). *United States of America, Department of Justice v. Qualcomm Incorporated e Flarion Technologies, Inc.* Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/cases/f215600/215608.htm> >. Acesso em 13 de novembro de 2012).

67 A *Input/Output, Inc.* (“Input/Output”), a *Lairam Corporation* (“Lairam”) e a DigiCOURSE, subsidiária integral da Lairam, assinaram o Acordo e Plano de Aquisição, pelo qual a Input/Output, por meio da sua subsidiária Input/Output Marine, adquiriria 100% das ações com direito a voto da DigiCOURSE. Por sua vez, a Lairam ainda adquiriria 11,5% das ações com direito a voto da Input/Output. Para o DoJ, a simples assinatura do referido contrato já foi capaz de transferir elementos de propriedade da DigiCourse para a Input/Output, como o risco de perda, os benefícios dos ganhos e a capacidade para dispor do negócio, mas não chegou a transferir a sua propriedade de fato, o que ocorreu com a transferência de elementos adicionais como a instalação, pela Input/Output, de uma equipe de gerenciamento, também formada por funcionários seus, para operar a Input/Output Marine, cujas atividades abarcavam as da Input/Output e da DigiCourse. Além disso, funcionários da DigiCourse (incluindo o Presidente) foram distribuídos em cargos na Input/Output e receberam endereço de e-mail, salas, acesso a relatórios internos da Input/Output e cartões em nome da Input/Output que eram distribuídos para clientes da DigiCourse, além de terem realizado viagens para resolver negócios relativos à Input/Output e terem sido consultados sobre possíveis aquisições de ativos pela Input/Output. A Lairam e a Input/Output foram acusadas de violar a Seção 7A do *Clayton Act*, mas realizaram um acordo com o Governo pelo qual foram obrigadas a pagar uma multa no valor de US\$ 250.000, 00 (duzentos e cinquenta mil Dólares).

ocorrência da influência ficou clara em razão da instalação de equipe de gerenciamento composta por funcionários da empresa adquirente nas instalações de nova empresa, que reunia as atividades da adquirente e da adquirida. Além disso, empregados da empresa adquirida ganharam cargos na empresa adquirente, tendo recebido endereço de e-mail corporativo e cartões em nome desta, além de salas em suas instalações e acesso a relatórios internos confidenciais. Estes mesmos funcionários ainda representaram a empresa adquirente em viagens internacionais para a realização de negócios. Mais uma vez, é importante notar que estas condutas, além de importarem no exercício de influência de uma parte sobre a outra, também significaram a alteração das condições competitivas, já que a união de atividades e a troca de funcionários teria a condição de fazer com que os concorrentes e clientes identificassem as empresas requerentes como uma só. Inclusive, o fato de as chamadas telefônicas na empresa adquirida serem atendidas no nome da empresa adquirente foi notado pelas autoridades americanas como violação da notificação prévia e do período de espera.

O caso **Smithfield Foods, Inc., e Premium Standard Farms, LLC (2010)**<sup>68</sup> também envolveu a questão de cláusulas contratuais que limitavam as operações realizadas pela empresa adquirida, que deveria submeter os seus contratos com fornecedores, os quais integravam as suas atividades ordinárias, à prévia aprovação pela empresa adquirente.

Por fim, no caso *In re Insilco Corp.* (1998)<sup>69</sup>, a principal questão abordada foi a troca de informações que na opinião das autoridades americanas, assim

---

(DoJ. Ação Civil Nº 1:99CV00912. *United States of America, Department of Justice v. Input/Output e The Laitram Corporation*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f203600/203653.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2012).

68 A Smithfield Foods, Inc. ("Smithfield") e a Premium Standard Farms, LLC ("Premium") celebraram um Acordo e Plano de Fusão (*Merger Agreement*), pelo qual a primeira adquiriria a segunda. Esse contrato continha cláusulas transitórias que limitavam as operações realizadas pela Premium durante o período de análise da operação no que diz respeito à assunção de novas dívidas ou financiamentos, à emissão de novas ações com direito a voto e à venda de ativos, determinando, ainda, que a Premium conduzir os negócios ordinários de acordo com as práticas adotadas até então e condicionando o fechamento (*closing*) da operação à inexistência de efeito material adverso. A principal questão é que, depois da assinatura do contrato (e ainda durante o período de espera), a Premium deixou de exercer suas atividades de forma independente no que diz respeito aos contratos ordinários de compra de suínos, que foram submetidos à aprovação da Smithfield (preço, quantidade e duração). Para o DoJ, com esta conduta, a Smithfield teria exercido controle operacional sobre importante segmento das atividades ordinárias da Premium antes do decurso do prazo previsto na seção 7A do *Clayton Act*. As empresas realizaram um acordo com as autoridades de defesa da concorrência norte-americanas, pelo qual foram obrigadas a pagar, conjuntamente, multa no valor de US\$ 900.000 (novecentos mil Dólares). (DoJ. Ação Civil Nº 1:03CV00434 (HHK). *United States of America United States Department of Justice, Antitrust Division V. Smithfield Foods, Inc. e Premium Standard Farms, LLC*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f200800/200813.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2012).

69 FTC. *In re Insilco Corp* 125 FTC 293 1998.

como previsto no atual RICade, não pode ser ilimitada. Segundo a FTC, a *Insilco Corporation* (“Insilco”), ao adquirir da *Helmut Lingemann GmbH* (“Lingemann”) ativos da *Helima-Helvetion, Inc.* (“Helima”), a participação na empresa ARUP Alu-Rohr und Profil GmbH e, ainda, a opção de compra de empresa subsidiária da Lingemann, teria violado tanto a Seção 7 do *Clayton Act*, quanto a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act*. Isso porque, antes da consumação das operações acima mencionadas, a Insilco, após solicitação, recebeu informações sensíveis específicas, não agregadas, sobre clientes da Lingemann (“*Non-Aggregated, Customer-Specific Information*”). Dentre estas informações estariam: (i) descrições de negociações realizadas anteriormente com clientes; (ii) informações detalhadas de preços cobrados a cada cliente; (iii) políticas e estratégias de preços atuais; (iv) informações detalhadas sobre estratégias de preços futuros para cada cliente<sup>70</sup>. De acordo com a ação proposta pela FTC, as informações trocadas seriam deletérias à concorrência no mercado relevante atingido pelas operações se estas não se consumassem.

Nesse caso, a FTC não só condenou a troca de informações antes da consumação da operação (pelo *Federal Trade Commission Act*), como também vetou a operação (pelo *Federal Trade Commission Act* e pelo *Clayton Act*). A Insilco acordou, por prazos específicos, em não obter antes da consumação da operação os seguintes tipos de informação, exceto no caso de estarem publicamente disponíveis<sup>71</sup>: “(1) informações específicas sobre clientes atuais e futuras que não sejam agregadas; (2) planos de precificação atuais ou futuros; (3) estratégias ou políticas atuais ou futuras sobre concorrência<sup>72</sup>; e (4) análises ou fórmulas

70 “*The Non-Aggregated, Customer-Specific Information transferred from Helima to Insilco included descriptions of prior customer negotiations; detailed customer-by-customer price quotes; current pricing policies and strategies; and detailed, customer-by-customer future pricing strategies*”. “[...] *Non-Aggregated, Customer-Specific Information*’ means information about a product’s cost and/or price that is in such a form that the cost and/or price of a product for an identifiable individual customer can be identified”. (FTC. *In re Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: < [http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2012).

71 “(1) *current or future Non-Aggregated, Customer-Specific Information*; (2) *current or future pricing plans*; (3) *current or future strategies or policies related to competition*; and (4) *analyses or formulas used to determine costs or prices*”. (FTC. *In re Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: < [http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2012).

72 “*Strategies or policies related to competition*’ means information relating to a company’s approach to negotiating with specific customers, targeting specific customers, identifying or in any other manner attempting to win specific customers, retaining specific customers, or risk of loss of specific customers, including, but not limited to, all sales personnel call reports, market studies, forecasts, and surveys which contain such information”. (FTC. *In re Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: < [http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2012).

usadas para determinar custos e preços<sup>73</sup><sup>74</sup>. Contudo, o referido acordo permitiu a obtenção destas informações, no caso de as mesmas serem fornecidas por agentes independentes<sup>75</sup> (pessoa não empregada pela empresa ou procuradores / advogados da empresa que não terão responsabilidade direta ou indireta pela precificação ou que não poderão influenciar os preços ou processos de precificação) e de forma a não violar as proibições acima.

### 3.2.2. Análise do Caso da União Europeia

Contraposta à experiência americana, na União Europeia, por muitos anos, não foi dada a adequada atenção para o tratamento da questão do *gun-jumping*, que vinha sendo melhor desenvolvida no âmbito de Estados-Membros, como a Alemanha<sup>76</sup>. Contudo, recentemente, as autoridades europeias têm se mostrado mais atentas para essas práticas, tendo, inclusive, realizado inspeções sem

73 “Analyses or formulae used to determine costs or prices’ means a method, study, test, program, examination, tool, or other type of logical reasoning used to determine a product’s cost and/or price for an identifiable individual customer”. (FTC. In re *Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: < [http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2012).

74 FTC. In re *Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: <[http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2012. (Tradução livre)

75 “Independent agent’ means a person not regularly employed by the company that does not have and will not have direct responsibility for prices or pricing or the ability to influence prices or pricing or an attorney regularly employed by the company that does not have and will not have direct or indirect responsibility for prices or pricing or the ability to influence prices or pricing”. (FTC. In re *Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: < [http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2012).

76 Citamos, a título exemplificativo, os casos da Mars e da Druck- und Verlagshaus Frankfurt. O caso Mars envolveu a compra da Nutro Products, Inc. (empresa americana fabricante de ração animal) pela Mars, Inc. Tal operação foi notificada nos Estados Unidos, Alemanha e Áustria, países que adotam sistemas de análise prévia dos atos de concentração. O problema é que após a aprovação da concentração pelas autoridades americanas e antes do fim da análise pelas demais jurisdições em que houve a notificação, a Mars transferiu ativos, como plantas fabris e determinados direitos de propriedade intelectual. Embora existisse cláusula de *carve-out* no contrato celebrado pelas requerentes, esta conduta foi interpretada pelas autoridades alemãs (*Bundeskartellamt* – “BKartA”) como a consumação da operação e em dezembro de 2008, a Mars foi multada por violar as normas de análise prévia alemãs. (BKartA. Fine imposed against Mars for violating the prohibition to put a merger into effect. Disponível em: <[http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008\\_12\\_15.php](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008_12_15.php)>. Acesso em: 19 de novembro de 2012).

No caso Druck- und Verlagshaus Frankfurt (editora alemã), uma operação ocorrida em 2001, e não notificada, apenas foi descoberta pelas autoridades alemãs em 2008, quando foi submetida nova operação (alienação das ações da Druck- und Verlagshaus Frankfurt). Nesse caso, as autoridades alemãs também concluíram pela imposição de multa. (BKartA. Publishing House *Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH* fined for violating the prohibition of putting a concentration into effect. Disponível em: <[http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/090213\\_DuV-Bussgeld\\_e.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/090213_DuV-Bussgeld_e.pdf)>. Acesso em: 19 de novembro de 2012).

prévio aviso (*dawn raids*) nas empresas, como ocorrido em 2007 no caso *Ineos e Norsk Hydro*<sup>77</sup>. Essa mudança de posição também pôde ser notada no discurso da Conselheira Europeia Neelie Kroes, relativo ao caso da Electrabel, em que declarou que é necessário que as empresas respeitem escrupulosamente o requisito de notificação para que haja um controle efetivo de fusões, constituindo a ausência de notificação uma séria violação do Regulamento de Fusões<sup>78</sup>.

Na Europa, a maior parte dos casos de *gun-jumping* ilegal está relacionada à ausência de notificação prévia<sup>79</sup>. Contudo, para fins deste trabalho, apenas foi analisado o caso *Bertelsmann/Kirch/Première (1997)*<sup>80</sup> em que a prática de *gun-jumping* ilegal ocorreu em razão de atos que implicaram a consumação da operação antes da autorização das autoridades competentes ou do decurso do prazo de análise e não pela ausência de notificação.

No referido caso<sup>81</sup>, as autoridades europeias entenderam que o *gun-jumping* ilegal ocorreu em razão da integração dos serviços oferecidos pelas empre-

77 A Ineos e a Norsk Hydro atuavam no mercado de produção de PVC e a operação, notificada em 19 de julho de 2007 para a Comissão Europeia, consistia na compra dos negócios de polímeros da Norsk Hydro pela Ineos. A suspeita era de que essas empresas, antes da análise da operação pelas autoridades europeias, estivessem trocando informações comercialmente sensíveis, o que, na prática, significaria a consumação da operação em violação ao artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e ao artigo 7 (1) do Regulamento 139/2004. A após as investigações, as autoridades europeias não chegaram a tomar outras medidas e a operação foi aprovada em 18 de fevereiro de 2008. Contudo, a realização dessas inspeções demonstra que a Comissão vem dando mais atenção às práticas das empresas que antecedem a consumação da operação e à questão do *gun-jumping*. (WINTERSCHEID, Joe. DUBROW, Jon. AMEZCUA, Carrie. *Merger Control: Gun Jumping Goes Global*. Disponível em: <<http://www.mwe.com/info/news/int0210.pdf>> . Acesso em 20 de novembro de 2012).

78 “É essencial para o controle efetivo de fusões que as empresas respeitem escrupulosamente o requisito de notificação de concentrações de dimensões europeias para a Comissão antes que sejam implementadas. Implementar uma operação que não recebeu autorização prevista na lei da UE constitui uma séria violação do Regulamento de Fusões. A decisão de hoje dá um sinal claro de que a Comissão não irá tolerar violações desta regra fundamental do sistema de controle de fusões da EU”. (UE. *Press Release da Comissão Europeia nº IP/09/895*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/895&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 29 de setembro de 2012). (Tradução livre)

79 A título exemplificativo, citamos os seguintes casos: Processo nº IV/M.920 — Samsung/AST com decisão da Comissão Europeia em 18 de fevereiro de 1998; Processo nº IV/M.969 - A. P. Møller, com decisão da Comissão Europeia em 10 de fevereiro de 1999; e Processo nº COMP/M.4994. Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, com decisão da Comissão Europeia em 10 de junho de 2009.

80 Processo nº IV/M.993 — Bertelsmann/Kirsh/Première. Decisão da Comissão Europeia em 27 de maio de 1998.

81 Parte da operação consistia na formação de uma *joint venture* de dimensão comunitária, pela qual a Bertelsmann e a Kirch desenvolveriam uma plataforma conjunta de programação e comercialização de televisão digital por assinatura: a Première. A base desta plataforma seria a tecnologia já desenvolvida pela Kirch, denominada de “D-box” (decodificador para TV Digital), já usado anteriormente pelo DF1, canal digital por assinatura da Kirch, cujas atividades também seriam passadas para a Première. Até a operação, a Première usava decodificador próprio denominado Media Box. Ocorre que, no início do mês de novembro de 1997, antes da notificação da operação, que ocorreu em 1º de dezembro daquele ano, a Première Digital e o DF1 foram integrados e a Première passou a oferecer a assinatura da Digital

sas requerentes e do compartilhamento da tecnologia utilizada para esta prestação, além do oferecimento conjunto de tais serviços, implicando claramente na alteração das condições competitivas entre as empresas. Para a Comissão Europeia, a prestação conjunta de tais serviços e a utilização conjunta da tecnologia consistia o cerne do contrato e, assim, teriam adiantado substancialmente a consumação da operação<sup>82</sup>.

### 3.2.3. Breve Conclusão sobre a Análise da Jurisprudência Americana e Europeia

Diferentemente da legislação analisada sobre o assunto, os casos de *gun-jumping* dos EUA e da UE, analisados acima, puderam esclarecer melhor as práticas que, se implementadas pelas empresas requerentes antes da aprovação da operação pelo CADE, poderão implicar a sua consumação antecipada e ser consideradas como *gun-jumping* ilegal.

Como visto, de forma geral, poderão ser consideradas *gun-jumping* ilegal aquelas condutas (inclusive cláusulas contratuais) que permitam, antes da aprovação da operação, a reunião ou a aproximação dos ativos e das atividades das empresas ou a posse e uso imediato dos ativos adquiridos, alterações ou influência na condução dos negócios (seja internamente, seja perante clientes), o controle dos preços, da oferta e das decisões em geral pela empresa adquirente e o acesso a informações sensíveis (especialmente se forem futuras e não agregadas) das empresas envolvidas na operação.

As condutas identificadas após a análise da jurisprudência americana e europeia serão melhor detalhadas na conclusão deste trabalho, na qual será pro-

---

Première para recepção via cabo ou satélite conjuntamente com a tecnologia “D-box” (decodificador) (UE. Press Release da Comissão Europeia nº IP/97/954. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/97/953&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 29 de setembro de 2012).

Apesar de reconhecer que a referida prática violaria o regulamento europeu sobre o controle de operações de fusão e aquisição, a Comissão Europeia optou por não instaurar um procedimento investigatório para fins de imposição de multas. Contudo, determinou que a Bertelsmann e Kirch separassem suas atividades no que diz respeito ao serviço de TV por assinatura digital e tomassem as medidas necessárias para acabar com possíveis efeitos deletérios causados ao mercado pela comercialização conjunta. Em 27 de maio de 1998, a Comissão Europeia rejeitou a operação por entendê-la incompatível com o mercado comum.

82 De acordo com o Conselheiro Europeu Karan van Miert, “o uso e a comercialização da tecnologia “D-box” da Kirch pela Première é considerada uma execução parcial da concentração pretendida das duas empresas na área de TV digital por assinatura”, porque o uso e a comercialização da tecnologia conjuntamente faria parte do cerne da operação, isto é, seria o resultado prático da mesma. Desta forma, a Bertelsmann e a Kirch estariam consumando substancialmente o acordo ainda não notificado e infringindo o prazo suspensivo da operação (UE. Press Release da Comissão Europeia nº IP/97/1062. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/97/1062&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 29 de setembro de 2012).

posto um guia de boas práticas para as empresas, com orientações sobre a melhor forma de conduzir os negócios nos momentos que antecedem a aprovação da operação pelo CADE.

#### 4. Análise de Acordos de Preservação de Reversibilidade da Operação

Os APRO's eram, na sistemática da Lei nº 8.884/1994, mecanismos pelos quais as autoridades antitruste buscavam impedir a consumação da operação, cuja análise ainda estava pendente, a fim de conservar o *status quo* da concorrência entre as empresas requerentes e evitar os efeitos deletérios de concentrações com alta probabilidade de serem rejeitadas ou aprovadas com restrições.

Sendo a reversibilidade da operação, por meio da manutenção das condições de concorrência entre as empresas requerentes, o objetivo das medidas estabelecidas nos APROs, tais acordos permitiram verificar o que as autoridades antitruste brasileiras, sob a sistemática anterior, entendiam como consumação da operação e, assim, buscavam evitar como forma de manter incólumes as relações concorrenciais.

Para este trabalho, foram analisados 22 APROs<sup>83</sup> disponíveis na página eletrônica do CADE. A análise, contudo, revelou que, em regra, o conteúdo estabelecido nesses acordos não variava muito de um para o outro e que as obrigações e proibições determinadas eram pouco especificadas ou detalhadas.

No que diz respeito à manutenção das estruturas físicas, o CADE determinava que as empresas requerentes mantivessem seus ativos, bens e direitos relacionados às unidades produtivas e comerciais.

De forma geral, para garantir que as concorrentes mantivessem o *status quo* concorrencial que vigia no momento anterior à notificação da operação, o CADE determinava que a personalidade jurídica das requerentes fosse mantida autônoma, bem como seus registros de funcionamento. Em se tratando de reorganização societária, as empresas deveriam abster-se de atos que implicassem a mudança do controle.

83 AC 08012.011196/2005-53; AC 08012.001885/2007-11; AC 08012.011518/2006-45; AC 08012.002813/2007-91; AC 08012.002816/2007-25; AC 08012.002818/2007-14; AC 08012.002820/2007-93; AC 08012.003267/2007-14; AC 53500.002423/2003; AC 08012.003302/2007-97; AC 53500.029160/2004; AC 53500.012477/2008; AC 08012.005789/2008-23; AC 08012.003189/2009-10; AC 08012.004423/2009-18; AC 08012.005889/2010-74; AC 08012.010038/2010-43; AC 08012.008378/2011-95; AC 08012.010473/2009-34; AC 08012.002149/2012-48; AC 08012.002148/2012-01; AC 08012.003367/2012-08. Disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a59968ac47c44bde36d547de2bfe051ff71735f1070919>>. Acesso em 20 de novembro de 2012.



Em relação à administração das requerentes, suas atividades administrativas deveriam ser mantidas independentes, sendo vedado o exercício de funções administrativas por membros do Conselho de Administração, Diretores, Gerentes ou quaisquer funcionários de uma empresa ou seu grupo nas localidades da outra ou seu grupo. A independência administrativa também podia ser verificada quando o CADE determinava que as informações e registros contábeis das requerentes permanecessem distintos e autônomos. Contudo, é importante observar que, em relação às atividades de tesouraria, no AC 08012.004423/2009-18, o CADE chegou a permitir que as requerentes alterassem suas atividades próprias em favor de uma atuação mais próxima.

Quanto à manutenção das condições competitivas, o CADE determinava que as condições operacionais fossem mantidas nos patamares anteriores à operação, sendo vedados os atos que implicassem o prejuízo ou a diminuição da capacidade produtiva e da eficiência das unidades fabris, além da redução do potencial operacional das requerentes. O CADE também estabelecia que deveria ser mantido o volume de vendas para o mercado interno em condições não inferiores às aquelas anteriores à notificação da operação.

É importante mencionar que o CADE permitiu, em alguns acordos, a paralisação das atividades vinculadas aos ativos objeto da operação, desde que solicitada ao CADE.

Para manter a capacidade produtiva, além da manutenção dos ativos, também era estabelecido que o nível geral de emprego e o quadro de funcionários fossem mantidos intactos. Somente eram permitidas aquelas alterações decorrentes do curso normal do negócio ou da alteração da conjuntura econômica.

Quanto aos contratos já firmados que estivessem em curso, o CADE chegou a determinar que fosse dada continuidade aos mesmos, a fim de manter o curso normal das atividades vinculadas aos ativos objeto da operação.

Alguns acordos também chegaram a prever que as estruturas de compra, comercialização, distribuição e logística deveriam ser mantidas, proibindo-se, alterações substantivas nas mesmas. Além disso, os investimentos em propaganda e marketing não podiam ser inferiores aos patamares mínimos equivalentes à média verificada nos últimos exercícios sociais.

Em relação à troca de informações, foram consideradas sensíveis e, portanto vedadas, aquelas que diziam respeito a: (i) faturamento por produto, linha de negócio, região ou tipo de cliente, exceto dados históricos; (ii) lista de fornecedores; (iii) lista de clientes; (iv) estrutura de custos; (v) planejamento estratégico ou de marketing; (vi) lançamento de produtos e/ou serviços; (vii) preços de produtos e serviços e política de preços; (viii) estratégia de negocia-



ção; (ix) segredos industriais e comerciais; (x) condições comerciais e descontos; (xi) comercialização do produto e; (xii) atividades específicas de processamento, produção e exportação.

Nesse ponto, é importante observar que a análise dos APROs feita acima apenas foi capaz de indicar o que o CADE poderá considerar, de forma geral, como informações sensíveis<sup>84</sup>.<sup>85</sup> Tal análise, contudo, não permitiu que se determinasse o que essa autarquia poderá considerar como informações sensíveis estritamente necessárias, cuja troca seria permitida, conforme a redação do Regimento Interno do CADE<sup>86</sup>.

### Conclusão: Guia de boas práticas

Como visto, desde 29 de maio de 2012, quando entrou em vigor a Lei nº 12.529/2011, o sistema brasileiro de análise de atos de concentração é prévio. Sob esse novo regime, as empresas não poderão consumir a operação antes de autorizadas pelas autoridades antitruste (ou do decurso do prazo legal), sob pena de infringirem as normas de análise *ex ante* e praticarem *gun-jumping* ilegal. Contudo, nem a nova lei, nem o Regimento Interno do CADE chegaram a traçar parâmetros claros sobre as atividades que as empresas estariam autorizadas a praticar para viabilizar a operação e garantir a realização de suas eficiências até a aprovação do CADE (expressa ou tácita). Embora existam casos em que a consumação da operação é clara, como na hipótese de integração das atividades e na de combinação de preços, há uma zona cinzenta, como já dito, em que os limites de agir das empresas não são muito claros. Dessa forma, o presente

84 De acordo com Aurélio Marchini Santos e Eduardo Boulos, “o conjunto de informações que não devem trocadas pode variar de acordo com a indústria e o nível de concentração dos mercados envolvidos”. (SANTOS, Aurélio Marchini. BOULOS, Eduardo. *A análise prévia de fusões*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-analise-previa-de-fusoes,725544,0.htm>>. Acesso em: 20 de novembro de 2012).

85 Quanto às informações que o CADE poderá compreender como sensíveis, é importante destacar que também poderia ser considerada como fonte de interpretação os artigos da Lei nº 12.529/2011 (art. 22) e do RICade (art. 53) sobre as informações e documentos aos quais poderá ser dado tratamento confidencial (acesso restrito), quais sejam: (I) escrituração mercantil; (II) situação econômico-financeira de empresa; (III) sigilo fiscal ou bancário; (IV) segredos de empresa; (V) processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; (VI) faturamento do interessado; (VII) data, valor da operação e forma de pagamento; (VIII) documentos que formalizam o ato de concentração notificado; (IX) último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; (X) valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras; (XI) clientes e fornecedores; (XII) capacidade instalada; e (XIII) custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços, entre outros.

86 Artigo 108, §2º, RICade. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201\\_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

trabalho buscou, a partir da análise da experiência internacional (legislação e estudo de casos dos EUA e da UE) e de acordos de preservação da reversibilidade da operação, celebrados pelo CADE sob a égide da Lei nº 8.884/1994, identificar possíveis atividades que, se praticadas pelas empresas requerentes, poderão ser questionadas pelo CADE enquanto violação das referidas normas de análise prévia, bem como possíveis práticas que, a princípio, não estariam vedadas.

Primeiramente, é importante observar que recentes declarações do Procurador Geral do CADE, Gilvandro Araújo, no 18º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC)<sup>87</sup>, parecem indicar que o CADE seguirá as práticas internacionais no tratamento da questão do *gun-jumping*. De acordo com o Procurador, não há como regular e discriminar todas as práticas que serão proibidas ou permitidas. Em verdade, parece que a linha divisória entre o que será permitido e o que será proibido será desenvolvida pela jurisprudência, isto é, disciplinado no caso a caso, como ocorre nos EUA.

Não obstante a tendência do CADE em não fixar condutas específicas que serão proibidas ou permitidas e em realizar análises casuísticas, serão apresentadas a seguir, com base nas análises feitas ao longo desse trabalho, orientações às empresas sobre a melhor forma de se proceder nos momentos que antecedem a consumação da operação para que não pratiquem *gun-jumping* ilegal<sup>88</sup>.

De forma geral, as empresas requerentes não devem:

- Reunir suas atividades e seus ativos;
- Alienar ativos, bens e direitos relacionados às unidades produtivas e comerciais;
- Garantir a posse e o uso imediato dos ativos pela empresa adquirente;
- Prestar conjuntamente seus serviços ou oferecer conjuntamente seus produtos, inclusive fazer publicidade conjunta;
- Transferir decisões sobre investimentos de uma para a outra;
- Designar a gestão ou ter ingerência na gestão da adquirida pela adquirente e vice e versa; e
- Instalar funcionários de uma empresa na outra (o que inclui e-mail corporativo, cartões de identificação, número de telefone, acesso a informações e dados confidenciais e representação dos negócios da outra empresa).

87 Seminário Internacional de Defesa da Concorrência., 18., 2012, Guarujá. *Anais*. Guarujá: IBRAC, 2012.

88 É importante esclarecer que este capítulo não pretende ser exaustivo, nem criar regras fixas. Mesmo as orientações apresentadas nesse trabalho parecem demandar em algumas hipóteses análises mais flexíveis. É o caso, por exemplo, da manutenção geral do nível de emprego, que poderá ser inviável quando o motivo de venda da empresa for dificuldades financeiras.

Ademais, as empresas em processo de concentração devem:

- Evitar cláusulas contratuais que estipulem como os negócios, principalmente da empresa adquirida, deverão ser conduzidos durante o período de aprovação;
- Evitar cláusulas que requeiram a aprovação da empresa adquirente para negócios ordinários e assuntos específicos, como condições e termos dos contratos com os clientes, propostas feitas a clientes, preços, descontos, serviços a serem prestados, desenvolvimento de tecnologia, contratação de empregados, entre outras;
- Manter autônomos a personalidade jurídica e os registros de funcionamento e não alterar o controle em caso de reorganização societária;
- Manter em funcionamento as unidades produtivas e comerciais, evitando a paralisação das atividades e atos que diminuam a capacidade produtiva e as eficiências das empresas envolvidas na operação;
- Manter o volume de vendas e de serviços prestados para o mercado interno;
- Manter o nível geral de emprego e o quadro de funcionários das empresas envolvidas na operação;
- Manter as estruturas de compra, comercialização e distribuição e a logística adotadas até então;
- Manter os investimentos de propaganda e *marketing* em patamares não inferiores àqueles verificados nos exercícios anteriores;
- Dar continuidade aos contratos em vigor no momento das negociações e de formalização da operação.

Em relação à troca de informações, principalmente para fins de *due diligence* e planejamento da transição, de forma geral, as análises empreendidas demonstraram que as empresas devem se abster de entrar em contato com as seguintes informações:

- Informações não agregadas específicas sobre clientes;
- Relação de clientes;
- Ofertas sensíveis;
- Descrição das negociações realizadas com clientes;
- Informações detalhadas de preços cobrados a cada cliente;
- Políticas e estratégias de preços atuais e futuros;
- Estratégias de concorrência atuais e futuras;
- Fórmulas de preços e custos.

Ademais, deve ser ressaltado que a análise dos APROs permitiu que fossem reveladas, como já dito, quais informações o CADE tem considerado sensíveis e que, assim, merecem maior cautela por parte das empresas. São elas:

- Preços presentes e futuros e estratégia de precificação;
- Política de descontos;
- Faturamento especificado por produto, linha de negócio, região ou tipo de cliente;
- Lista de fornecedores e de clientes;
- Estrutura de custos;
- Planejamento estratégico ou de marketing;
- *Know how* e fórmulas ligadas à produção (segredos industriais e comerciais), comercialização (inclusive a exportação) e lançamento de produtos e/ou serviços; e
- Estratégia de negociação.

Nesse ponto, é importante observar novamente que a troca de informações sensíveis não foi totalmente proibida pelo Regimento Interno do CADE, que permitiu a troca daquelas que sejam estritamente necessárias para a realização do negócio, o que deve ser analisado e justificado pelas partes.

Por outro lado, as análises feitas para fins desse trabalho também revelaram que as seguintes práticas possivelmente não serão questionadas pelo CADE:

- Cláusulas contratuais que obriguem a empresa adquirida a continuar a operar e administrar o negócio objeto da operação nos mesmos padrões e com a mesma cautela com que administrou até então;
- Cláusulas contratuais que obriguem a empresa adquirida a não praticar atividades ou realizar negócios que possam ser prejudiciais ao negócio adquirido ou, ainda, celebrar contratos que reforcem os direitos de terceiros;
- Cláusulas contratuais que obriguem a empresa adquirida a não celebrar contratos que garantam reembolso no caso de alteração de controle;
- *Due diligences* em padrões razoáveis e com acesso a informações essenciais para a realização do negócio;
- Propaganda conjunta anunciando a operação;
- Troca de informações gerais e dados agregados, históricos ou já disponíveis para o mercado.

A seguir, são apresentadas algumas medidas preventivas, apontadas pelas práticas internacionais, principalmente em relação à troca de informações, que

poderão ser tomadas pelas empresas requerentes a fim de reduzir os riscos decorrentes de suas práticas nos momentos que antecedem a autorização para a consumação da operação:

- Contratação de auditores e advogados externos para que façam as *due diligences* e o planejamento da transição.
- Formação de uma equipe interna encarregada da realização da operação (*due diligence* e planejamento da transição) que seja desvinculada das atividades ordinárias das empresas requerentes, como a precificação e a comercialização de produtos.
- Divulgação das referidas informações mediante a celebração de acordos de não divulgação (*non-disclosure agreements*), que determinem, taxativamente, tais informações e as pessoas que poderão ter acesso às mesmas, as quais estarão proibidas de divulgá-las e de utilizá-las para fins alheios aos propósitos da operação.
- Inserção no contrato de cláusula suspensiva da implementação da operação até a sua aprovação pelas autoridades competentes.

Por fim, é importante mencionar que a Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 59, parágrafo 1º, estabeleceu o que, nos bastidores da nova lei, tem sido chamado de “APRO às avessas”. Trata-se de mecanismo de autorização precária que permite ao Conselheiro-Relator de atos de concentração analisados pelo Tribunal Administrativo a autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto. De acordo com o artigo 115, RICade, a referida autorização pode ser requerida se (i) “não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado”; (ii) “as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis”; e (iii) “o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida<sup>89</sup>”. Assim, antes de tomar qualquer decisão no sentido de consumir a operação, caso as empresas sintam a necessidade consolidar suas atividades antes da análise pelas autoridades antitruste, poderão solicitar autorização liminar ao CADE<sup>90</sup>.

89 Artigo 115, RICade. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201\\_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

90 Não obstante essa possibilidade, as partes deverão ter cuidado ao fazer o requerimento de autorização precária. Recentemente, no Ato de Concentração nº 08700.007417/2012-60 (Opengate Capital Group Europe Botes e Coletes Salva Vidas), foi requerida a autorização precária, retardando a decisão sobre a operação, de procedimento sumário, que seria julgada em 17 (dezesete) dias. Isso porque o Regimento

## Bibliografia

BASILE, Juliano. *Cade dá Aval à Compra da CBAA pela Cana Brava*. In **Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www1.valoronline.com.br/empresas/2769832/cade-da-aval-compra-da-cbaa-pela-canabrava#ixzz27Fr3tWp9>>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

BKartA. **Fine imposed against Mars for violating the prohibition to put a merger into effect**. Disponível em: <[http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008\\_12\\_15.php](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008_12_15.php)>. Acesso em: 19 de novembro de 2012.

BKartA. **Publishing House Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH fined for violating the prohibition of putting a concentration into effect**. Disponível em: <[http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/090213\\_DuV-Bussgeld\\_e.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/090213_DuV-Bussgeld_e.pdf)>. Acesso em: 19 de novembro de 2012.

BLUMENTHAL, William. **The rhetoric of gun-jumping: remarks before the association of corporate counsel**. Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. New York, 2005. Pp. 8. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.011196/2005-53**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.001885/2007-11**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.011518/2006-45**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002813/2007-91**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

---

Interno do CADE estabelece que tanto a Superintendência-Geral, quanto o Tribunal Administrativo detêm 30 (trinta) dias para apreciar o pedido. (CADE. **Ato de Concentração nº 08700.007417/2012-60**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012).

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002816/2007-25**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002816/2007-25**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002818/2007-14**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002820/2007-93**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº AC 53500.002423/2003**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.003302/2007-97**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 53500.029160/2004**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 53500.012477/2008**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº AC 08012.003189/2009-10**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº AC 08012.004423/2009-18**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.005889/2010-74**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.010038/2010-43**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.008378/2011-95**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.010473/2009-34**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002149/2012-48**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002148/2012-01**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.003367/2012-08**. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Acesso em 20 de novembro de 2012.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Nova Lei do CADE: um balanço dos primeiros meses**. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcorrencia/PALESTRAS/Vinicius%20Marques%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

CHIARO, José Del. PEREIRA JR., Ademir Antonio. *O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração*. In **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

CORDOVIL, Leonor. **Gun-Jumping or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?** Disponível em: <[www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc](http://www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc)>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

COSTA, Cláudia. **Economia incentivos à competição — vai começar a discussão da nova lei de defesa da concorrência**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23)>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

DoJ. **Ação Civil Nº 1:96CV01040. United States of America, Department of Justice v. Titan Wheel International Inc.** Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9410110/960507titanwheelcmpt.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2012.



DoJ. Ação Civil Nº 1:99CV00912. *United States of America, Department of Justice v. Input/Output e The Laitram Corporation*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f203600/203653.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2012.

DoJ. Ação Civil nº 1:06CV00672 (PLF). *United States of America, Department of Justice v. Qualcomm Incorporated e Flarion Technologies, Inc.* Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f215600/215608.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

DoJ. Proposed Final Judgment. Ação Civil Nº 1:99CV01318. *United States of America v. Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc.* Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f11000/11083.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

DoJ. Ação Civil Nº 1 1:03CV00434 (HHK). *United States of America United States Department of Justice, Antitrust Division V. Smithfield Foods, Inc. e Premium Standard Farms, LLC*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f200800/200813.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial — as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRIEND, Mark; TOLLEY, Louise. *Gun jumping in merger control*. Disponível em: <<http://www.allenoverly.com/AOWEB/AreasOfExpertise/Editorial.aspx?contentTypeID=1&contentSubTypeID=7944&itemID=40533&aofeID=38891&prefLangID=410>>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

FTC. *Introductory Guide II — To file or not to file: When you must file a premerger notification report form*. Pp. 11. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide2.pdf>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

FTC. *In re Insilco Corp* 125 FTC 293 1998. Disponível em: <[http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_)

DECISION\_125\_%28JANUARY\_-\_JUNE\_1998%29PAGES\_276-376.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2012.

FTC. **Complaint N<sup>o</sup> C-3835: United States of America Before Federal Trade Commission vs. Commonwealth Land Title Insurance Company**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/1998/08/9810127.cmp.htm>>. Acesso em 15 de novembro de 2012.

FTC. **Agreement Containing Consent Order. United States of America Before Federal Trade Commission vs. Commonwealth Land Title Insurance Company**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/1998/08/9810127.agr.htm>>. Acesso em 15 de novembro de 2012.

FURLAN, Fernando de Magalhães. *Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica*. In **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011.

HIGGINS, Claudia R. COPLAND, David S. **How to Avoid Gun Jumping**. Disponível em: <[http://www.kayescholer.com/news/publications/2007054/res/id=sa\\_File1/MC](http://www.kayescholer.com/news/publications/2007054/res/id=sa_File1/MC)>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

ICN. *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

KATONA, Krisztian. **Gun-Jumping: The U.S. Experience and Challenges for the New Brazilian Merger Control Regime**. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcorrencia/PALESTRAS/Krisztian%20Katona.pdf>>. Acesso em 19 de novembro de 2012.

KNOX, Ron. *An interview with Carlos Ragazzo*. In **Global Competition Review**. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com/rss/features/article/32190/>>. Acesso em: 23 de setembro de 2012.

LIEBESKIND, Richard. **Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger**. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil*. In **Temas Atuais de Direito da Concorrência**, São Paulo: Singular, 2012.

MCKEOWN, James T. **Don't Jump the Gun: Antitrust Limits on M&A Pre-Closing Conduct**. Disponível em: <<http://www.law.com/jsp/cc/PubArticleCC.jsp?id=1202425404741>>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

NAUGHTON, Michael C. **Gun-Jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions**. Disponível em: < [http://www.stblaw.com/google\\_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899](http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899)>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

OCDE. **Lei e Política de Concorrência no Brasil, Uma Revisão pelos Pares**, 2010. Disponível em: < [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B47F13E26-DFEB-4D2E-B611-E6E4C97954F0%257D%26ServiceInstUID%3D%257B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%257D&ei=0B-sULnWHo-PY8gS1soAY&usg=AFQjCNHnCNddwO2\\_I2BIFCmPYjl8i7pxGw](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B47F13E26-DFEB-4D2E-B611-E6E4C97954F0%257D%26ServiceInstUID%3D%257B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%257D&ei=0B-sULnWHo-PY8gS1soAY&usg=AFQjCNHnCNddwO2_I2BIFCmPYjl8i7pxGw)>. Acesso em 20 de novembro de 2012.

PAGOTTO, Leopoldo. MAGGI, Bruno Oliveira. *A nova lei de defesa da concorrência — Lei 12.529/2011*. In **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 55. Jan/2012.

PASSOS, Fernando. **Atos de Concentração - Análise Prévia - Parecer Contrário**. In *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

PAUTLER, Pautler A. **The Effects of Mergers and Post-Merger Integration: A Review of Business Consulting Literature**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/rt/businesreviewpaper.pdf>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012

PROENÇA, José Marcelo Martins. **A Reforma da Lei da Concorrência — Lei nº 8.884/94**. Disponível em: <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stor1ies/pdfs/gep12.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

REINGOLD, Barry. **Hart-Scott-Rodino “Gun-Jumping” Penalties for Alleged Abuse of “Ordinary Course of Business” Provisions of Merger Agreement.** Disponível em: <<http://www.mergerviewpoints.com/2010/02/articles/antitrust-1/hartscottrodino-gunjumping-penalties-for-alleged-abuse-of-ordinary-course-of-business-provisions-of-merger-agreement/>>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

SANTOS, Aurélio Marchini. BOULOS, Eduardo. **A análise prévia de fusões.** Disponível em:<<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-analise-pre-via-de-fusoes,725544,0.htm>>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

SEAE. **Nota Oficial: Grupo de Trabalho apresenta modelo da ANC.** Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

TITUS, John Warren. *Stop, Look and Listen: Premerger Notification under the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act.* In **Duke Law Journal**, Vol. 1979, Nº 1. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1372232>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

UE. **Press Release da Comissão Europeia nº IP/09/895.** Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/895&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

UE. **Press Release da Comissão Europeia nº IP/97/954.** Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/97/953&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

UE. **Press Release da Comissão Europeia nº IP/97/1062.** Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/97/1062&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

WINTERSCHEID, Joe. DUBROW, Jon. AMEZCUA, Carrie. **Merger Control: Gun Jumping Goes Global.** Disponível em: <<http://www.mwe.com/info/news/int0210.pdf>> . Acesso em 20 de novembro de 2012.



# A proibição do retrocesso no direito ambiental: avanço para onde?

JULIA MACEDO DE LAMARE

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a chamada “proibição de retrocesso social” não está expressamente positivada no sistema jurídico constitucional. Sua existência e aplicação são antes de tudo construções da doutrina e da jurisprudência e não obra direta do constituinte<sup>1</sup>. Essa empreitada interpretativa dos operadores do direito se justificaria pelo objetivo a que se propõe: garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais e da Constituição.

De fato, a vedação do retrocesso encerra a ideia de que, ao avançar na concretização de direitos fundamentais, o legislador se vincula ao que foi garantido, de sorte que não lhe é permitido, a partir daí, recuar na tutela já oferecida, concedendo aos indivíduos menos proteção do que já desfrutam. Com efeito, sua finalidade é evitar a supressão de patamares de promoção de direitos fundamentais já positivados e, portanto, conquistados pelos indivíduos.

Cabe, aqui, uma observação. A maioria da doutrina analisada neste trabalho entende que a ideia de vedação de retrocesso está intimamente ligada aos direitos fundamentais sociais<sup>2</sup>. É o que se verá em tópico específico sobre o tema. No entanto, acredita-se que o argumento de não retroceder possa ser aplicado a qualquer categoria de direitos fundamentais, independente da geração de que se trate (primeira, segunda, terceira ou quarta)<sup>3</sup>. Isso porque não existe qualquer

---

1 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001, p. 158.

2 Cf, e.g., SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Direitos Fundamentais — Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pp. 205-236.

3 Tradicionalmente, a teoria dos direitos fundamentais reconhece a existência de três categorias denominadas de gerações ou dimensões de direitos fundamentais. A primeira geração cuida dos direitos civis e políticos, cuja concretização não depende de uma ação positiva do Estado (e.g. vida, liberdade, propriedade, igualdade e voto). Os direitos de segunda geração, por sua vez, são os chamados direitos econômicos,

peculiaridade dos direitos de segunda geração que justifique uma aplicação da vedação de retrocesso restrita a essa categoria<sup>4</sup>.

Em verdade, é a própria fundamentalidade material do direito que atrai, por parte do Estado, a obrigação de não retroceder em determinado patamar de proteção jurídica. A rigor, a vedação de retrocesso integra regime jurídico próprio dos direitos fundamentais (a despeito da geração ou dimensão a que se cuide). Nesse sentido, estão, sob o abrigo da vedação de retrocesso, diferentes direitos como o direito ao voto<sup>5</sup>, o direito à propriedade, o direito ao meio ambiente (tema desse estudo), o direito ao desenvolvimento, o direito à democracia ou qualquer outro direito entendido como fundamental.

Não por outro motivo encontra-se com bastante frequência o entendimento de que a vedação do retrocesso aplica-se ao direito ambiental, incorporado ao núcleo de proteção humana pelos direitos fundamentais de terceira geração. Vale mencionar, inclusive, que de maneira geral, o que se observa é uma leitura reforçada — para não dizer extrema — do aludido instituto pela doutrina do direito ao meio ambiente.

Ocorre que, assim como qualquer norma-princípio, a não-regressão das normas ambientais está sujeita a ponderações, sendo de todo incompatível com a própria noção dogmática de princípio o caráter absoluto que lhe é atribuído com frequência pelos juristas e pelos tribunais.

A ideia de vedação do retrocesso possui dois principais problemas. O primeiro — que não é exclusivo ao direito ambiental, mas comum a todos os direitos fundamentais — consiste no fato de que o legislador acaba excessivamente limitado na sua liberdade de conformação legislativa. Além disso, com o passar do tempo, essa dificuldade dá origem a uma tensão intergeracional, na medida em que os representantes do povo de hoje são impedidos de atuar em razão de

---

sociais e culturais e exigem uma atuação positiva do Estado para que sua efetivação seja realmente garantida (e.g. saúde, educação e trabalho). Por fim, os direitos de terceira geração, denominados também de direitos de solidariedade e fraternidade, caracterizam-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa (e.g. meio ambiente, autodeterminação dos povos, paz e o desenvolvimento). Há ainda quem enxergue uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seria resultante da globalização desses direitos (e.g. democracia, informação e pluralismo). Cf, nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56, e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 524-526.

4 Poder-se-ia justificar essa aplicação restrita aos direitos sociais com base em sua natureza tradicionalmente prestacional. Vale lembrar, no entanto, que nem todos os direitos sociais são prestacionais, assim como nem todos os direitos individuais são negativos. Basta pensar nos exemplos do direito de propriedade, o qual, apesar de individual, requer uma atuação positiva do Estado para garantia de segurança pública, e do direito de greve, que, apesar de social, é negativo.

5 Por mais que haja, nesse caso, um argumento mais forte relacionado à cláusula pétrea, não se pode negar que tirar, eliminar qualquer das características do voto, que é direito, secreto, universal e periódico, é retroceder em direito individual que já atingiu importante patamar de proteção jurídica.

decisões tomadas décadas atrás. Na seara do meio ambiente, o conflito com o princípio democrático parece ser ainda mais intenso, visto que o direito ambiental já representa, por si só, uma limitação à atuação do legislador. A vedação do retrocesso ambiental seria, assim, uma limitação adicional.

O segundo grande problema, que constitui o principal enfoque deste trabalho, é específico da esfera ambiental: aplicar indiscriminadamente a garantia da proibição do retrocesso ao direito ambiental equivale a ignorar completamente a proteção a outros bens jurídicos relevantes de igual estatura constitucional. Nesse contexto, quanto mais proteção se dá ao direito ambiental, mais se pode restringe, por exemplo, a livre iniciativa, protegida na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, IV) e considerada também um dos fundamentos da ordem econômica e financeira (art. 170, *caput*); o direito de propriedade, integrante do rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição; e o desenvolvimento do país, que vem a ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II). Portanto, não se pode simplesmente maximizar a proteção do meio ambiente sem considerar suas implicações sobre outros interesses constitucionais relevantes, sob pena de uma concretização apenas parcial da vontade do legislador constituinte. Além disso, os direitos fundamentais em constante conflito com o direito ambiental estão também abarcados pela obrigação de não retroceder.

Surgem, então, algumas perguntas: falar em “retrocesso” é falar em qual retrocesso? Quais são os indicadores capazes de medir o que é retrocesso? Como identificá-lo? Como deve se dar sua operacionalização? Fala-se em retrocesso para onde?

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que a doutrina e a jurisprudência existentes acerca do tema não são capazes de responder a esses questionamentos. Objetiva-se, portanto, trazer conceitos da análise econômica do direito e propor uma análise de custo-benefício para que a operacionalização da vedação do retrocesso, se não supere os problemas apontados, pelo menos os minimize significativamente. Os instrumentos propostos serão testados em um caso recente, ainda pendente de decisão perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República para questionar diversos dispositivos da Lei nº 12.651/12, responsável por instituir o novo Código Florestal. A alegação que servirá de teste para a proposição feita neste estudo é aquela que defende que a redução do tamanho das Áreas de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais d’água viola o “princípio da vedação do retrocesso ambiental”.



## 1. O DIAGNÓSTICO DO PROBLEMA

No dia 18 de janeiro de 2013, três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) foram ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR) no Supremo Tribunal Federal (STF). As ações, que receberam os números ADIs 4901, 4902 e 4903, têm por objetivo a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012) e da Lei nº 12.727 de 17 de outubro de 2012, responsável por suas alterações. Um dos principais argumentos das ações, que ainda não foram julgadas, é a existência de violações ao “princípio da vedação do retrocesso ambiental”.

Antes de mais nada, vale, mesmo que de maneira breve, entender o objeto de cada uma dessas ações. Na ADI 4901, os temas questionados estão principalmente ligados às áreas de reserva legal. A PGR condena a redução e a dispensa de constituição da reserva legal, bem como a previsão de compensação destas áreas sem que haja identidade ecológica entre as áreas compensadas. Também é objeto do questionamento da PGR a permissão de plantio de espécies exóticas para recomposição da reserva legal<sup>6</sup>. Os dispositivos impugnados são: parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do art. 12; parágrafo 1º do art. 13; art. 15; art. 28; parágrafo 3º do art. 66; parágrafo 2º do art. 48; parágrafo 5º, II e II e parágrafo 6º do art. 66; art. 67; e art. 68, todos da Lei 12.651/12.

A ADI 4902 questiona previsões que tratam da recuperação de áreas desmatadas, como a anistia de multas que isenta de responsabilidade quem desmatou até o dia 22 de julho de 2008. Segundo a PGR, o novo Código Florestal permite que novas áreas sejam desmatadas sem que desmatamentos anteriores sejam recuperados. Além disso, também é objeto desta ação a possibilidade de consolidação de danos ambientais decorrentes de infrações anteriores a 22 de julho de 2008<sup>7</sup>. A ADI 4902 impugna os seguintes dispositivos: parágrafo 3º do art. 7º; parágrafos 4º e 5º do art. 59; e arts. 60, 61-A, 61-B, 61-C, 63, 67 e 78-A, todos da Lei 12.651/12.

A ADI 4903, por sua vez, questiona os conceitos de utilidade pública, interesse social, nascente e leito regular, além dos dispositivos que trazem a definição de área de preservação permanente (APP). São os dispositivos impugnados: art. 3º, VIII, IX, XVII, XIX e parágrafo único; art. 4º, III, IV, parágrafos 1º, 4º, 5º e 6º; art. 5º; parágrafo 2º do art. 8º; art. 11; e art. 62.

No bojo da argumentação das três ações é possível encontrar semelhantes alegações de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados por violação

6 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228842>. Último acesso em 06 abril 2013.

7 *Idem*.

ao que os autores das ADIs chamam de “princípio da vedação do retrocesso ambiental”. Especificamente na ADI 4901, encontra-se, entre outros, que “a redução das áreas de reserva legal (...) constitui retrocesso ambiental”<sup>8</sup>. Já na ADI 4902, cita-se, a título de exemplo, a passagem que afirma que “o § 4º e o § 5º do art. 59 e o art. 60 da Lei 12.651/12 violam (...) os princípios da vedação do retrocesso em matéria socioambiental”<sup>9</sup>. Por último, destaca-se na ADI 4903 que “a exclusão da proteção das nascentes e dos olhos d’água intermitentes, assim como das nascentes que não dão origem a cursos d’água (...) constitui evidente retrocesso na legislação ambiental”<sup>10</sup>.

Além disso, nas petições iniciais das três ações é possível encontrar a seguinte afirmação: “além de afrontar os deveres fundamentais, as normas impugnadas violam o princípio da vedação de retrocesso social, pois, de forma geral, estabelecem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente”.

Essa argumentação com base no “princípio da proibição do retrocesso” gera uma série de perguntas não respondidas pelos autores das ações. Por que a redução das áreas de reserva legal constitui retrocesso ambiental? Aliás, o que é retrocesso ambiental? Existe alguma hipótese de redução de reserva legal que não viole o princípio da vedação do retrocesso? O mesmo vale para a exclusão da proteção das nascentes e olhos d’água: em que medida isso é um evidente retrocesso na legislação ambiental? Como definir que um padrão de proteção ambiental é manifestamente inferior ao anteriormente existente?

Merece ainda destaque a ADI 4529, ajuizada em dezembro de 2012 também pela Procuradoria-Geral da República, que questiona os arts. 3º, XII e 24, VII e XI, da Lei Complementar nº 38/95 (instituidora do Código Ambiental do Estado do Mato Grosso), em face da Resolução CONAMA nº 01/86. Basicamente, a discussão gira em torno do licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos com potencial entre 10 e 30MW. O Código Ambiental do Mato Grosso dispensou, para esses empreendimentos, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Ocorre que a Resolução CONAMA nº 01/86, diploma federal que cuida do assunto, considera que empreendimentos hidrelétricos acima de 10MW devem elaborar o EIA.

8 Petição inicial da ADI 4901, parágrafo 55. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3356327>. Último acesso em 06 abril 2013.

9 Petição inicial da ADI 4902, parágrafo 80. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3356303>. Último acesso em 06 abril 2013.

10 Petição inicial da ADI 4903, parágrafo 83. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3356309>. Último acesso em 06 abril 2013.

Entre outros argumentos, a PGR alega que “a legislação mato-grossense, à vista do parâmetro federal, configura, também, evidente retrocesso”. Para embasar sua argumentação, cita trabalho doutrinário de Ingo Sarlet e Tiago Fens-terseifer no sentido de que a finalidade da vedação do retrocesso é preservar o bloco normativo já construído no ordenamento jurídico para impedir a supressão ou a restrição de direitos fundamentais. Segundo os autores, especificamente em relação ao meio ambiente, devem ser proibidos os retrocessos que tornem a norma menos rigorosa no que tange a parâmetros de proteção ambiental. E é só. Na petição inicial não há detalhamento acerca do conceito de retrocesso ambiental, de suas hipóteses configuradoras, muito menos de explanação que comprove que o caso em questão é mesmo de retrocesso.

De maneira geral, a vedação do retrocesso pode ser interpretada como verdadeiro limite à atuação do legislador. Isso porque não poderá ser editada nova legislação que retire do patrimônio jurídico dos indivíduos determinado patamar de proteção de um direito fundamental já garantido por lei anterior. O legislador, portanto, fica vinculado não ao conteúdo de decisões do constituinte, hierarquicamente superior, mas ao conteúdo de decisões de um legislador que o antecedeu. Além de representar limitação à atuação do Poder Legislativo, a aplicação da vedação do retrocesso pode trazer consequências graves para a sociedade de hoje, que vai ser regulada por leis editadas há anos. O ordenamento jurídico pode ficar engessado com leis que não mais fazem sentido nos dias atuais.

Justamente para não incorrer nesses problemas é que a vedação de retrocesso deve ser definida com critérios objetivos, de maneira a permitir que se saiba as situações nas quais deve e as situações nas quais não deve ser aplicada.

Na esfera do meio ambiente há um problema específico. O direito ambiental, em grande parte dos casos, está em constante e intenso conflito com outros princípios materiais de igual relevância constitucional, como, por exemplo, o direito de propriedade, o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, só para citar alguns. Avançar na proteção ambiental, portanto, pode significar retroceder na proteção destes, que, como direitos fundamentais que são, também estão abarcados pela vedação do retrocesso. Esta parece ser a questão mais problemática da utilização da vedação do retrocesso pelo direito do meio ambiente, visto que não há porque acreditar que o retrocesso ambiental deva prevalecer sobre outros retrocessos. Portanto, falar em “retrocesso” é falar de qual retrocesso: do direito ambiental ou de eventual direito conflitante? Em havendo conflito, deve-se, necessariamente, considerar todos os direitos fundamentais envolvidos. Para ilustrar o mencionado conflito, confira-se o seguinte caso concreto: um dos dispositivos questionados pela ADI 4903 ajuizada pela PGR é o

art. 5º, da Lei 12.651/12, que reduz o tamanho das áreas de preservação permanente no entorno de reservatório artificial d'água. Na vigência da antiga legislação, essas APPs eram de 30 metros para os reservatórios localizados em área urbana e de 100 metros para os localizados em área rural. Com a promulgação da nova lei florestal, essas APPs passaram a ser de, no mínimo, 15 e 30 metros, respectivamente. Diante dessa redução, a PGR alega que houve violação à vedação do retrocesso ambiental. Não é demais repetir que aludida alegação veio desacompanhada de maiores detalhes acerca da explicação do instituto, de suas hipóteses configuradoras, bem como de indicadores capazes de medir o que é retrocesso. Nesse caso, há um evidente conflito entre o direito ambiental e o direito de propriedade, ambos direitos considerados fundamentais e protegidos pela obrigação de não retroceder. Avançar na proteção ambiental significaria restringir o direito de propriedade, assim como avançar na promoção do direito de propriedade significaria restringir a proteção ambiental.

Sendo assim, é necessário avaliar, em cada caso concreto, qual é o retrocesso mais importante, ou seja, qual retrocesso deve ser efetivamente proibido diante de determinadas condições jurídicas e fáticas. Não se pode permitir que sempre se dê mais importância ao retrocesso ambiental, pois não há como dizer, *a priori* e em todo e qualquer caso imaginável, que necessariamente estamos diante de um direito mais importante que deve sempre prevalecer.

Diante desse cenário, surgem alguns questionamentos: o que conta como retrocesso? Como é possível identificá-lo? É retrocesso para onde? Saber quais são as delimitações conceituais do instituto ora tratado se torna questão ainda mais relevante na seara ambiental, tendo em vista os conflitos acima exemplificados.

## 2. COMO A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA ENFRENTAM O PROBLEMA IDENTIFICADO?

No capítulo anterior, diagnosticou-se o problema específico da vedação do retrocesso ambiental: o conflito existente entre direito ambiental e outros direitos fundamentais dificulta a sua operacionalização. Neste capítulo, investigaremos como a doutrina e a jurisprudência enfrentam esta questão, por meio de uma reconstrução dos subsídios que a literatura e as decisões judiciais seriam capazes de fornecer para enfrentar os questionamentos acima colocados. O objetivo é tentar extrair critérios objetivos para que a aplicação da vedação do retrocesso ambiental não represente violação ao princípio democrático, tampouco — e ainda mais importante — uma violação aos compromissos assumidos pelo próprio constituinte, respeitando de forma abrangente os princípios que estão em constante conflito com o direito do meio ambiente.

## 2.1. A origem da vedação do retrocesso

Uma revisão da literatura acerca do tema tratado neste trabalho permite verificar que a vedação do retrocesso surgiu no âmbito dos direitos fundamentais, mais especificamente nos direitos fundamentais sociais. Sendo assim, a análise da doutrina passará primeiro e de maneira mais breve, pela aplicação da vedação do retrocesso tradicionalmente feita aos direitos sociais para que se possa entender melhor a sua origem. Em seguida, analisar-se-á mais extensamente sua aplicação à esfera ambiental.

Com muita frequência, encontra-se nos autores brasileiros referência a dois importantes casos estrangeiros no que diz respeito à aplicação da vedação do retrocesso.<sup>11</sup>

Na Alemanha, o debate doutrinário acerca do tema da vedação do retrocesso está bastante associado à crise do Estado Social. Com efeito, a discussão cuida “de investigar se, como e em que medida os sistemas prestacionais existentes, concretizadores do princípio fundamental do Estado Social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições”<sup>12</sup>. Com base na proteção da dignidade da pessoa humana, encontrada no art. 1º, I, da Lei Fundamental alemã, entende-se que a garantia de um mínimo existencial é o limite para suprimir ou reduzir uma prestação social. Assim, a restrição ou a redução só será possível quando garantir condições materiais mínimas para uma existência digna<sup>13</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha também reconheceu a existência da vedação do retrocesso no ordenamento jurídico alemão. No entanto, como bem ressaltou Ingo Sarlet, não se admitiu uma proibição absoluta do retrocesso social, visto que mudanças sociais e econômicas exigem certa flexibilização das normas jurídicas. Sendo assim, para o Tribunal germânico, a vedação do retrocesso fundamentava-se, principalmente, na garantia fundamental da propriedade, e não no Estado Social de Direito<sup>14</sup>. Martin Wolff, grande representante desta teoria, entendia que o conceito de propriedade abarcaria todos os direitos subjetivos privados de natureza patrimonial. Não se trata de uma propriedade apenas como direito real, mas algo capaz de “oferecer aos indivíduos segurança quanto aos seus direitos patrimoniais e pro-

11 Cf., e.g., SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 e DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17 (1999), pp. 111-132.

13 *Idem*.

14 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 141.

teger a confiança no conteúdo e na fruição desses direitos. Trata-se de conceito funcional de propriedade”<sup>15</sup>.

Além disso, importantíssima contribuição pode ser encontrada também na jurisprudência portuguesa. Em abril de 1984, o Tribunal Constitucional de Portugal proferiu o Acórdão nº 39/84<sup>16</sup>. O caso consistia em requerimento feito pelo Presidente da República para declaração de inconstitucionalidade do art. 17º do Decreto-Lei nº 254/82 — editado pelo Governo<sup>17</sup> — que, entre outras ações, revogou os arts. 18º a 61º, 64º e 65º, da Lei nº 56/79, responsável por instituir o Serviço Nacional de Saúde (SNS). Conforme consta do pedido, a revogação operada pelo referido Decreto-Lei equivalia à destruição e inutilização do SNS.

Neste contexto, o Ministro Relator entendeu — e foi acompanhado pela maioria — que o Decreto-Lei nº 254/82 era inconstitucional por vício material<sup>18</sup>. Vital Moreira afirmou que praticamente toda a Lei nº 56/79 foi revogada. Dentre os seus 65 artigos, só não foram revogados os três primeiros títulos (artigos 1º a 17º), além dos artigos 62º e 63º, que se referem à extensão do Serviço Nacional de Saúde em determinadas regiões. Portanto, foram revogados todos os preceitos que cuidavam da organização e funcionamento do SNS, do estatuto do seu pessoal, do seu financiamento, da sua articulação com o setor privado, bem como das disposições finais e transitórias da lei.

O Ministro Vital Moreira defendeu que o direito à saúde é um direito social e, como tal, depende de ações legislativas para ser, de fato, implementado. Nesse sentido, se o legislador não age, incorre em inconstitucionalidade por omissão. E, uma vez que o Estado edita lei para promover um direito fundamental, não pode voltar atrás, caso contrário estaria atingindo garantia já positivada, o que configuraria inconstitucionalidade por ação. Assim, o Tribunal

15 *Idem*.

16 PORTUGAL, Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão nº 39/84. Rel. Ministro Vital Moreira. Julgado em 11.04.1984.

17 Vale aqui uma breve observação: a Constituição da República portuguesa de 1976 prevê, em seu 110º, que são órgãos soberanos o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. Vale dizer, em Portugal, vigora um sistema semipresidencialista, no qual o Poder Executivo é bipartido, desdobrando-se na Presidência da República e no Governo. O Presidente é eleito por sufrágio universal e garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas (art. 120º). O Governo, por sua vez, é composto pelo Primeiro-Ministro e por ministros, secretários e subsecretários de Estado. De acordo com o art. 182º da Constituição portuguesa, é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública. Para mais informações, ver: BARROSO, Luís Roberto. *A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. In: Revista de Direito do Estado, v. 3, 2006, p. 287.

18 O pedido do Presidente da República fazia referência a uma inconstitucionalidade formal. No entanto, o Ministro Vital Moreira entendeu que, na verdade, estava-se diante de uma inconstitucionalidade material. Diante disso, trouxe dispositivos legais para mostrar que o ordenamento jurídico português permitia que o Tribunal opinasse acerca da inconstitucionalidade material, mesmo que esta não tivesse sido invocada no pedido.

Constitucional português entendeu que quando um determinado serviço público é efetivamente criado, não pode o Estado extingui-lo, pois a sua existência passa a gozar de proteção constitucional. A sua abolição representaria verdadeiro atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental.

Além disso, afirmou o relator que a obrigação do Estado com os direitos sociais não é só de implementá-los, mas também de, uma vez que sejam implementados, não aboli-los. Sem expressamente utilizar essa denominação, Vital Moreira caracterizou situação configuradora do retrocesso social, qual seja, a revogação de garantia relacionada ao exercício de um direito fundamental, nos seguintes termos: “o legislador tem, certamente, a faculdade de modificar qualquer regime legislativo; o que parece não ter é a faculdade de subtrair supervenientemente a qualquer norma constitucional a exequibilidade que tenha adquirido”. Para o Ministro, o SNS foi incluído no patrimônio do direito à saúde, sendo, assim, irreversível. Conclui, portanto, que “deve entender-se que a revogação da maior parte da Lei n.º 56/79, traduzindo-se na extinção do Serviço Nacional de Saúde, contende com a garantia do direito à saúde consignado no artigo 64º da Constituição”.

A maioria dos Ministros que compunham o Tribunal Constitucional português à época acompanhou o relator. Apenas três Ministros tiveram seus votos vencidos. Joaquim Costa Aroso, José Manuel Cardoso da Costa e Messias Bento não concordaram com a tese vencedora, por diferentes fundamentos. Não obstante, os três votos vencidos levantaram um ponto em comum bastante interessante: a Lei n.º 56/79 e seus diversos Decretos-Leis regulamentadores ainda não tinham sido, de fato, implementados. A garantia do direito à saúde mencionada por Vital Moreira não era uma realidade para a população.

O Ministro Joaquim Costa Aroso iniciou o seu voto com o seguinte questionamento: “será que a simples revogação da lei, aliás parcial (por só ter abrangido precisamente a parte organizatória unitária e integral daquele serviço) se transmutará em inconstitucionalidade por acção?”. Para o Ministro, a lei em questão não foi capaz de fornecer aos cidadãos acesso às múltiplas prestações materiais decorrentes do “direito à proteção da saúde”; eles “tinham simplesmente uma perspectiva (tal como antes da emissão da lei) nessa conquista, um direito ainda não concretizado”.

Joaquim Costa Aroso questionou, ainda, se a simples positivação da parte organizacional desse sistema de saúde, que sequer tinha sido implementada, poderia ser considerada como uma garantia constitucional. Ele entendeu que não, pois o caso não tratou de uma abolição total, conforme defendeu a tese

majoritária. A media legislativa não teve o propósito “de fazer desaparecer da ordem jurídica portuguesa todo e qualquer ‘serviço nacional de saúde’”. Ainda, o Ministro levantou mais uma importante questão: era reconhecido que o país não tinha condições de prestar aos destinatários da lei toda a gama de direitos ali previstos por falta de recursos financeiros e de infraestrutura, então para que serviria a criação de tão grande sistema de saúde?

O Ministro José Manuel Cardoso da Costa, por sua vez, fundamentou o seu voto no reconhecimento de que normas e princípios constitucionais possuem uma eficácia negativa, reconhecendo a ideia de vedação do retrocesso. Para o Ministro, no entanto, essa eficácia negativa só pode ser configurada em hipóteses específicas e sob condições e pressupostos muito precisos. Com efeito, o Ministro entende que “para que a revogação de normas concretizadoras de um princípio constitucional ‘positivo’ seja susceptível de gerar a inconstitucionalidade da correspondente norma revogatória”, alguns requisitos devem estar presentes. Primeiro, é necessário que o princípio em questão tenha um conteúdo claro do qual possa se retirar uma indicação inequívoca quanto à direção que se deve seguir na sua concretização. Cumulativamente, é necessário que “essa revogação se tenha traduzido na completa aniquilação de uma situação jurídica e institucional” já reconhecida como realizadora do princípio, “de tal modo que se tenha radicado ‘na consciência jurídica geral a convicção da sua obrigatoriedade constitucional’”.

Ao analisar o caso concreto, José Manuel Cardoso da Costa afirma que, na prática, o Serviço Nacional de Saúde nunca existiu. E se não existiu, não pode ser considerado como garantia constitucional impassível de revogação.

Por último, o Ministro Messias Bento, assim como os outros dois acima citados, também afirma que o SNS criado pela Lei nº 56/79 nunca chegou a existir fora do papel. Por esse motivo, o Ministro entende que não há como alegar que o legislador extinguiu ou aboliu um sistema de saúde que antes foi criado; não se pode extinguir aquilo que apenas existiu no papel, que nunca chegou a funcionar. Nesse sentido, afirma que uma vez que o serviço nacional de saúde não chegou nem “a fazer parte do patrimônio de benefícios sociais, comunitariamente adquiridos, não é razoável — face à revogação das normas legais que visavam a sua estruturação — dizer que o legislador tenha vindo violar qualquer direito subjectivo dos cidadãos”. Messias Bento acrescenta, ainda, que mesmo que o serviço em questão tivesse funcionando, o legislador não ficaria impedido de voltar atrás; “ele só não poderia, sem inconstitucionalidade, extinguir um tal Serviço, se este se houvesse radicado na ‘consciência jurídica dominante’, formando-se uma espécie de *‘communis opinio’* a respeito da sua essencialidade”.



Com base nesses argumentos, os Ministros supracitados entenderam que o decreto revogador de diversos dispositivos da Lei nº 56/79 era constitucional. A partir de suas considerações acerca da inexistência do Serviço Nacional de Saúde, poderia ser admitida a aplicação da vedação do retrocesso social? Faz sentido limitar a liberdade do legislador em nome de algo que sequer existe? Seria razoável não permitir a extinção ou substituição de lei que promove direito fundamental, mas que, na prática, não pode ser implementado pelo Estado? Como se vê, são muitos os questionamentos acerca da aplicação prática da vedação do retrocesso.

No Brasil, o debate doutrinário acerca da vedação do retrocesso é tema relativamente recente. Ainda na seara dos direitos fundamentais sociais, um dos pioneiros trabalhos sobre o tema foi de titularidade de José Afonso da Silva. Sem reconhecer expressamente a existência de um princípio que proíbe o retrocesso, o autor, ao tratar das normas constitucionais programáticas, cita Balladore Pallieri para sustentar que uma vez que o legislador ordinário dá execução a uma norma constitucional, está proibido de voltar atrás<sup>19</sup>.

Luís Roberto Barroso, que trata expressamente do tema, afirma que a vedação do retrocesso possui natureza jurídica de princípio que, embora não estando expressamente protegida na Constituição Federal de 1988, é extraída do sistema jurídico-constitucional. Tal princípio, segundo o autor, traduz-se na ideia de que, quando uma lei institui determinado direito, ele não pode ser suprimido, pois foi incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania. Assim, “uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição”<sup>20</sup>.

Ana Paula de Barcelos, por sua vez, entende que a vedação do retrocesso social é modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais. Segundo a autora, referida modalidade possui dois pressupostos: (i) os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por meio da legislação ordinária; e (ii) um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão<sup>21</sup>. Deste modo, a eficácia vedativa do retrocesso enseja a invalidade da revogação de normas que concedam e ampliem direitos fundamentais sem que seja acompanhada de política

19 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 158.

20 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001, p. 158.

21 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

substitutiva ou equivalente, e tal invalidade reveste-se de sindicabilidade judicial. Portanto, “ainda que não se possa exigir judicialmente que o legislador regulamente a norma (...), pode-se legitimamente pretender que o Legislativo, poder constituído, não contravenha os fins constitucionais. Esta é a modalidade de eficácia negativa”<sup>22</sup>.

Importante estudo sobre o tema foi feito por Felipe Derbli, que, assim como Luís Roberto Barroso, entende a vedação de retrocesso como princípio constitucional implícito. Segundo Derbli, retrocesso social e omissão inconstitucional são conceitos correlatos. Com efeito, é pressuposto da vedação do retrocesso a primária existência de uma omissão inconstitucional, no mínimo, parcial. Nas palavras do autor:

haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social; onde não houver imposição legiferante — e, portanto, for mais fluida a delimitação das raías da liberdade de conformação do legislador (o que ocorre no caso das normas constitucionais programáticas), não se poderá falar propriamente em proibição de retrocesso social<sup>23</sup>.

Assim é que o autor sustenta que não se pode falar em vedação de retrocesso em relação às normas programáticas, mesmo aquelas de conteúdo social, visto não requererem uma concretização legislativa.

Por último, merecem destaque as três acepções da vedação do retrocesso identificadas por José Vicente dos Santos Mendonça, para quem o instituto em questão também possui natureza jurídica de princípio constitucional implícito. Inicialmente, o autor afirma que a primeira acepção — sobre a qual não se ocupa, pois considera que deve ser rechaçada — consiste em classificar como retrocesso “tudo o que contrarie a opinião de seu emissor quanto à conveniência e à oportunidade de alguma lei”<sup>24</sup>. Tal concepção, segundo José Vicente, não pode ser aceita, pois permite que o retrocesso torne inconstitucional qualquer lei com a qual na verdade simplesmente não se concorde.

A segunda acepção, denominada de vedação genérica do retrocesso, relaciona-se às normas constitucionais em geral e sua finalidade é vedar a simples

22 *Idem*, p. 70.

23 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 242.

24 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Direitos Fundamentais* — Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pp. 205-236.

revogação da legislação infraconstitucional. Com efeito, a legislação infraconstitucional responsável por tornar aplicável uma norma constitucional pode ser substituída, no entanto, não pode ter sua plena eficácia simplesmente eliminada, sem que outra lei ocupe o seu lugar.

A terceira e última acepção é chamada de vedação específica do retrocesso e diz respeito somente aos direitos fundamentais sociais. Explica José Vicente que uma vez “atingido determinado grau de realização dos direitos fundamentais sociais por intermédio da legislação infraconstitucional, não se poderia retrocedê-lo (no sentido de minorar o nível de sua garantia), muito embora ainda se possa regular de forma diferente”<sup>25</sup>.

José Vicente se preocupa em tentar definir “retrocesso” e defende que lhe deve ser negado um sentido histórico. Retrocesso, em suas palavras, “deve ser entendido nos estritos termos de uma dogmática jurídico-constitucional que lide com as ideias de efetividade, força normativa da Constituição, eficácia de defesa dos direitos prestacionais e dever de proteção pelo aspecto objetivo dos direitos fundamentais sociais”<sup>26</sup>. Ocorre que sua definição, além de possuir muitos conceitos subjetivos e abertos, é por demais abstrata; não traz muitas contribuições para a aplicação do instituto a casos concretos.

O que se depreende do até aqui exposto é que a maioria da doutrina entende que a vedação do retrocesso possui natureza jurídica de princípio. Além disso, não obstante algumas diferentes abordagens, de maneira geral, entende-se que o surgimento deste princípio relaciona-se à proteção de direitos fundamentais sociais já garantidos no ordenamento jurídico. O objetivo é proibir que a garantia já conquistada seja retirada do patrimônio jurídico de cada indivíduo. Esta mesma ideia, como se verá a seguir, foi importada pelo direito ambiental. Ocorre que, até agora, o debate encontra-se, principalmente, em âmbito abstrato; faltam ferramentas para que este princípio seja aplicado. Algumas perguntas ainda estão sem resposta: há algum limite para a aplicação do instituto? Como identificar que houve de fato um retrocesso?

## 2.2. A vedação do retrocesso no direito ambiental

Conforme já afirmado, a aplicação da vedação do retrocesso ao direito ambiental decorre principalmente do entendimento de sua natureza jusfundamental.

Em âmbito internacional, um dos mais renomados autores sobre o assunto é Michel Prieur, professor emérito da Universidade de Limoges, na França. Para

---

25 *Idem.*

26 *Idem.*

o mestre francês, a garantia do direito adquirido, na seara ambiental, representa uma porta aberta ao retrocesso capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras, contrariando o principal objetivo do direito ambiental, qual seja, o de contribuir para a diminuição da poluição e para a preservação da diversidade biológica<sup>27</sup>. Para ele, “o retrocesso em matéria ambiental não é imaginável”<sup>28</sup>.

Michel Prieur explica que a vedação do retrocesso, além de ser um princípio, representa um verdadeiro dever de não-regressão para a Administração Pública. Por isso, uma fórmula positiva como “princípio de progressão” não teria sido escolhida de maneira proposital por dois motivos: é muito vaga e pode se aplicar a qualquer norma enquanto instrumento. A expressão “não-regressão” na seara do meio ambiente significa, para Prieur, “que há distintos graus de proteção ambiental e que os avanços da legislação consistem em garantir, progressivamente, uma proteção a mais elevada possível, no interesse coletivo da Humanidade”<sup>29</sup>. Nesse sentido, a não-regressão — que estaria ao lado de princípios do direito ambiental tais como prevenção, precaução, poluidor-pagador e participação do público — é fundamentada em três principais elementos: a própria finalidade do direito ambiental, a necessidade de se afastar o princípio da mutabilidade do direito e a intangibilidade dos direitos humanos.

Entretanto, em que pesem as considerações de Prieur, o “princípio da não-regressão” também padece de grande imprecisão. A sua expressão negativa não é capaz, por si mesma, de precisar os limites da ação do Estado.

Além disso, há outra questão que, por sua importância, deve ser levantada e que foi, inclusive, enfrentada pelo autor francês: não se pode querer afastar por completo a mutabilidade do direito. Talvez o direito ambiental, por sua natureza de direito fundamental e, portanto, por sua enorme importância, seja menos tolerante a mudanças. No entanto, negar por completo a possibilidade de mutação é o mesmo que negar, por exemplo, que novas tecnologias podem ser desenvolvidas e, assim, formas específicas de proteções ao direito ambiental garantidas no passado deixem de fazer sentido nos dias de hoje. Nesse caso, não

27 PRIEUR, Michel. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

28 Tradução livre do original: “*Le retour en arriere en matiare d’environnement n’est pas imaginable*” cf. PRIEUR, Michel. *De l’urgente nécessité de reconnaître le principe de “non régression” en droit de l’environnement*. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/romjoenl2010&div=23&id=&page=>. Último acesso em 15 maio 2013.

29 PRIEUR, Michel. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

poderia o legislador revogar uma norma que trouxe instrumentos de proteção ao meio ambiente no passado que não mais sejam adequados atualmente? Veja exemplo trazido por Michel Prieur:

as descobertas científicas, graças à pesquisa estimulada pelo princípio de precaução, assim como as melhorias aportadas ao meio ambiente, podem conduzir à supressão da proteção que não seja mais útil ao meio ambiente, como é o exemplo a supressão da inscrição de uma espécie na lista daquelas ameaçadas de extinção por haver-se reconstituído na natureza. Os progressos contínuos do Direito Ambiental, vinculados aos progressos da ciência e da tecnologia, fazem com que os limites de não regressão estejam em constante mutação<sup>30</sup>.

Verifica-se que referido autor trouxe um limite concreto à incidência da vedação do retrocesso: quando se tratar de proteção ambiental que não mais possui sentido na realidade, graças à evolução tecnológica, o legislador pode revogá-la ou substituí-la sem que incorra em retrocesso ambiental. Contudo, não enfrentou aquele que parece ser o maior problema da aplicação da vedação do retrocesso ambiental: quando o direito do meio ambiente está em conflito com outro direito fundamental, como a ideia de retrocesso deve ser operacionalizada?

Em solo nacional, merece destaque o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, para quem o princípio jurídico da proibição de retrocesso — que transborda dos direitos humanos e sociais para o direito ambiental — surge sob a cobertura política da ideia-chave de progresso no processo civilizatório. Não obstante não ser possível encontrar este princípio positivado expressamente na Constituição Federal de 1988 ou na legislação infraconstitucional, Herman Benjamin acredita que a vedação do retrocesso transformou-se em verdadeiro princípio geral do direito ambiental. De acordo com o Ministro, aludido princípio consiste em

‘vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma’, constitucional ou não, ‘que trate do núcleo essencial de um direito fundamental’ e, ao fazê-lo, impedir, dificultar ou inviabilizar ‘a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios’<sup>31</sup>.

30 *Idem*.

31 BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 55-72. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

A partir desta definição, extrai-se que o retrocesso configurar-se-á quando o legislador suprimir norma garantidora de direito fundamental sem que traga mecanismos equivalentes ou compensatórios. A *contrario sensu*, seria possível concluir que não há qualquer problema para a vedação do retrocesso revogar uma norma que trate de direitos fundamentais, desde que o legislador crie mecanismos protetivos equivalentes ou compensatórios.

Segundo Herman Benjamin, “em nenhuma outra área dos chamados ‘novos direitos’ é mais vívida a imperiosidade ético-política e a viabilidade jurídico-material de garantir a manutenção e o progresso das existentes medidas legislativas protetórias do que no Direito Ambiental”<sup>32</sup>. Isso se daria por três motivos: (i) seria um contrassenso admitir a regressão quando, para muitas espécies extintas ou em vias de extinção, a barreira de perigo foi atingida; (ii) abrange-se, no plano subjetivo da relação jurídica, as gerações futuras; e (iii) a aplicação da vedação do retrocesso ao direito ambiental não é acompanhada de fortes objeções orçamentárias, comuns a muitos direitos sociais. Além disso, a não-regressão serviria como norte avaliador da legitimidade do Poder Legislativo para reduzir proteções ambientais, principalmente naquilo que afete processos ecológicos essenciais, ecossistemas frágeis ou à beira de colapso e espécies ameaçadas de extinção, que, de acordo com Herman Benjamin, são os três núcleos jurídicos duros da proteção do meio ambiente encontrados na Constituição Federal de 1988 (art. 225, parágrafo 1º, I, II e VII, respectivamente)<sup>33</sup>.

O Ministro do STJ destaca quatro diferentes tipos de retrocesso: (i) retrocesso substantivo, que afeta direitos subjetivos; (ii) retrocesso formal ou procedimental, que afeta direitos procedimentais ou o *due process* ambiental; (iii) retrocesso legislativo, que afeta o marco legislativo em si mesmo; e (iv) retrocesso de implementação, que afeta a política de implementação. Defende, ainda, que não se pode atribuir a não-regressão um caráter absoluto, pois seria um exagero vedar por completo a liberdade do legislador de rever as leis, assim como admitir sua liberdade irrestrita. Neste contexto, afirma que “o princípio da proibição do retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe-lhes limites não discricionários à sua atuação”<sup>34</sup>.

Ocorre que o problema prático é justamente estabelecer quais são esses limites não discricionários à atuação do legislador. Até porque, conforme tratado no primeiro capítulo, a própria existência do direito ambiental já é uma limi-

32 *Idem.*

33 *Idem.*

34 *Idem.*

tação à atuação do legislador. Sendo assim, a vedação do retrocesso ambiental, como um limite adicional, seria permitida pelo princípio democrático? Além disso, não é possível encontrar critérios objetivos capazes de medir o retrocesso (retrocesso para onde?) e que auxiliem na identificação de qual retrocesso se está falando.

Merecem destaque também Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, que trazem elemento novo à fundamentação jurídica da proibição de retrocesso: a cláusula de progressividade ou o dever de progressiva realização prevista no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>35</sup>. O art. 2º, parágrafo 1º, do Pacto impõe aos Estados o dever de implementação progressiva dos direitos sociais nele consagrados<sup>36</sup>. Além disso, reforçam os autores, o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>37</sup>. Nesta medida, concluem que a proibição do retrocesso social decorre do dever de implementação da progressividade dos direitos fundamentais<sup>38</sup>.

Com efeito, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer enxergam uma nova dimensão da vedação de retrocesso, qual seja, aquela que impõe ao Estado, além do dever de não retroceder naquilo que já foi garantido, a obrigação de avançar na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos seguintes termos:

a garantia constitucional da proibição de retrocesso contempla dois conteúdos normativos que se complementam: se, por um lado, impõe-se ao Estado a obrigação de “não piorar” as condições normativas hoje existentes em determinado ordenamento jurídico (...), por outro lado, tam-

35 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

36 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, art. 2º, parágrafo 1º: Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

37 Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 26: Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

38 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

bém se faz imperativo, especialmente relevante no contexto da proteção do ambiente, uma obrigação de “melhorar”, ou seja, de aprimorar tais condições normativas — e também fáticas — no sentido de assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo<sup>39</sup>.

Neste sentido, segundo os autores, progresso deve ser compreendido como um dever de desenvolvimento sustentável.

Importante mencionar que na obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Ingo Sarlet reconhece a importância de “construir uma argumentação suficientemente robusta e constitucionalmente adequada para o reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira”<sup>40</sup>. Nesse sentido, cita autores como Luís Roberto Barroso, José Gomes Canotilho e Vital Moreira para concluir que a vedação do retrocesso é princípio que decorre de modo implícito do sistema constitucional<sup>41</sup>.

Ainda, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer defendem que existe um patamar mínimo de tutela ambiental, aquém do qual não podem ficar as novas legislações, sob pena de violação ao retrocesso ambiental. Tal patamar teria como referência a noção de mínimo existencial, que vem a significar “o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida digna, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos”<sup>42</sup>.

O conceito de mínimo existencial é por demais vago. Como ele pode auxiliar no grande problema da vedação do retrocesso ambiental? Como resolver conflito no qual se tenha, de um lado, potencial restrição do mínimo existencial ambiental e, de outro, potencial restrição de mínimo existencial de outro direito fundamental?

É possível encontrar também uma correlação entre vedação do retrocesso ambiental e mínimo existencial em Patryck de Araújo Ayala. Para o autor, a proibição

39 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 456 e 457.

41 Para Ingo Sarlet, os fundamentos do “princípio da vedação do retrocesso” são, dentre outros: princípio do Estado democrático e social de Direito, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, proteção dos direitos adquiridos, princípio da proteção da confiança, segurança jurídica e proteção da confiança etc. Para maiores explicações, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 457-460.

42 *Idem*, p. 206.



de retrocesso não pode ser vista como um princípio geral, pois diz respeito somente à garantia de que o mínimo concretizado não possa ser revisto. Portanto, “é somente este mínimo que se encontraria sob a reserva de revisão pelas decisões estatais”<sup>43</sup>. E para tentar dar concretude ao seu argumento traz a seguinte definição:

uma referência possível para desenvolver a noção de um mínimo de conteúdo ambiental (mínimo de existência ecológica) pode ser associada à suficiente qualidade de vida enquanto resultado de uma leitura de dignidade compreendida como a manifestação de diversas posições jurídicas fundamentais de um direito fundamental como um todo: funções defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente, além de também ser o resultado de uma tarefa estatal<sup>44</sup>.

É este mínimo, dificilmente identificado em um caso concreto, que possui uma blindagem em relação às iniciativas revisoras do Poder Legislativo. Em que medida referida definição pode auxiliar na operacionalização da vedação do retrocesso na seara do meio ambiente? Aqui, incidem as mesmas considerações feitas sobre o conceito de mínimo existencial abordado por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer feitas acima.

Ainda, Ayala defende que uma abordagem sobre a noção ecológica do princípio da vedação do retrocesso deve vir acompanhada (i) do objeto do qual se ocupa o princípio e (ii) da demonstração de uma situação objetiva de retrocesso. Em relação ao primeiro tópico, afirma que o objeto da proteção são as realidades normativas, não podendo haver um agravamento da situação ecológica já positivada. No que tange ao segundo, entende que:

uma norma deve ser considerada regressiva sempre que o grau de efetividade de um direito veiculado pela nova norma resulte inferior àquele que já havia sido alcançado anteriormente, de modo que somente seria possível afirmar-se uma situação de reversão proibida ou de retrocesso proibido mediante uma análise empírica e comparativa entre as realidades normativas<sup>45</sup>.

43 AYALA, Patryck de Araújo. *Direito fundamental ao ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira*. In: Revista dos Tribunais, 99º ano, vol. 901, nov. 2010, pp. 29-64.

44 AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 182.

45 AYALA, Patryck de Araújo. *Direito fundamental ao ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira*. In: Revista dos Tribunais, 99º ano, vol. 901, nov. 2010, pp. 29-64.

Patryck Ayala, assim, explica que a demonstração do retrocesso em uma situação objetiva depende de uma análise empírica e comparativa. Contudo, isso pouco contribui para o problema da legitimidade democrática que, como restou demonstrado, é ainda mais grave no direito ambiental. Não contribui também para o enfrentamento de casos nos quais todos os direitos em conflito estão abarcados pela proteção da proibição de retroceder, o que dificulta a identificação de qual retrocesso deve ser priorizado.

Por último, vale breve menção a Carlos Alberto Molinaro, que denomina a vedação de retrocesso como “proibição da retrogradação socioambiental”, pois alega que “retrogradar” expressa melhor a ideia de retroceder, de ir para trás<sup>46</sup>.

Molinaro entende que a proibição da retrogradação socioambiental possui natureza de princípio e encontra fundamento no art. 225, da Constituição Federal de 1988. Para o autor, referido princípio “está diretamente subsumido no entrelaçamento dos princípios matrizes: dignidade da pessoa humana/segurança jurídica, ele é condição essencial das condições de responsabilidade socioambiental (...) que deve estar imprimida em todas as relações com o ambiente”<sup>47</sup>.

O autor defende que a proibição da retrogradação ambiental, como qualquer princípio, possui limites, pois toda imobilidade é gravosa quando repudia novas conquistas, sem abrir espaço para a inovação. Segundo Molinaro, não se pode imobilizar o progresso nem mesmo o regresso, primeiro porque há condições especiais que exigem um retorno a situações passadas, sejam gravosas ou não; e, segundo, porque há situações nas quais retroceder é uma conquista, *v.g.*, a transformação de áreas degradadas em reservas florestadas ou conversão com planejamento industrial ou outro tipo de exploração sustentada<sup>48</sup>.

Como se vê, é bastante farta a literatura que trata da vedação do retrocesso na seara do meio ambiente. Parece ser consenso que é inadmissível uma aplicação absoluta da proibição de retroceder. Porém, não foi possível extrair dos autores supracitados critérios objetivos capazes de identificar as situações nas quais, de fato, haverá retrocesso na proteção ambiental. As questões propostas no início deste trabalho permanecem sem resposta: quando o direito ambiental está em conflito com importantes direitos fundamentais protegidos por este mesmo princípio, o que conta como retrocesso? Quais são os indicadores que permitem identificar que o retrocesso foi configurado? Quando se fala em “retrocesso”, fala-se em retrocesso para onde?

46 MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 67.

47 *Idem*, p. 74.

48 *Idem*, p. 81.

### 2.3. Como os tribunais brasileiros operacionalizam a vedação do retrocesso ambiental?

No campo jurisprudencial, realizou-se pesquisa junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto serem os tribunais responsáveis pela uniformização da interpretação da legislação federal e da Constituição, respectivamente.

A pesquisa demonstrou que é ainda bastante acanhada a aplicação da vedação do retrocesso ambiental. No STJ foi possível encontrar apenas um julgado que, **expressamente**, aplicou o “princípio da não-regressão” — como no caso é denominado — ao direito ambiental<sup>49</sup>. Trata-se do Recurso Especial nº 302.906 julgado pelo STJ em 26 de agosto de 2010, que teve como relator o Ministro Herman Benjamin. O caso versa, na origem, sobre julgamento único, feito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), de nunciação de obra nova e de ação civil pública que possuíam identidade de partes e identidade entre pedido e causa de pedir: ambas tinham como objetivo a demolição de prédio no Município de São Paulo que não obedecia às restrições convencionais propostas pelo loteador, City Lapa, restrições essas inscritas no registro imobiliário. Tais restrições propunham que a área loteada somente poderia receber edificações unifamiliares, contrastando frontalmente com a pretensão da incorporadora, de edificar construção de nove andares. Ocorreu que, posteriormente, o Município de São Paulo editou a Lei nº 8.001/1973, que trazia condicionamentos menos severos do que as restrições convencionais ao direito de construir.

Por unanimidade e seguindo o voto do relator Oliveira Santos, o TJSP entendeu que estar-se-ia, neste caso, “ferindo o direito adquirido e até mesmo o ato jurídico perfeito. A lei superveniente estaria ofendendo direito do loteador, dos adquirentes dos lotes, dos vizinhos”<sup>50</sup>. Além disso, afirma que a observância às restrições convencionais é garantida pelo art. 39, da Lei Municipal nº 8.001/73 e que a lei acolheu a tese da maior restrição: prevalece o que for mais exigente.

O REsp nº 302.906, cuja ementa passo a reproduzir em parte, foi interposto pela CCK Construtora e Incorporadora Ltda. em face do acórdão do TJSP:

49 A pesquisa foi realizada no dia 26 de março de 2013, no sítio do Superior Tribunal de Justiça ([http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)) com os seguintes termos: “não-regressão”, “vedação de retrocesso”, “proibição de retrocesso”, “retrocesso social”, “não retorno da concretização”, “retorno e concretização”, “não retrocesso social”, “não retrocesso”, “não retrocesso social”, “eficácia vedativa e retrocesso”, “eficácia impeditiva e retrocesso”, “não evolução reacionária” e “proibição e contra revolução”. Diante da falta de uniformidade na denominação da vedação do retrocesso, não descarta-se a possível existência de acórdãos que trataram do tema com outras expressões. Além disso, não descarta-se também que outros acórdãos tenham tratado do tema sem de fato nomear o princípio.

50 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 93.607-5/4. Rel. Des. Oliveira Santos, 6ª Câmara de Direito Público, julgado em 15.06.1999.

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais.

2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.

(...)

9. A Administração não fica refém dos acordos “egoísticos” firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e

o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

(...)

19. Recurso Especial não provido.<sup>51</sup>

O Recurso Especial foi conhecido e não provido. Em seu voto, o relator do caso, Min. Herman Benjamin, entre muitos outros argumentos, defende que, como regra geral, o Estado não está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais; isto só seria possível “na presença de inequívoco interesse público, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos”. Segundo o relator, tal regra submete-se ao princípio da não-regressão, traduzido na “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual”. O legislador poderia abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais apenas em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Nesta esteira, conclui o Ministro:

dito de outra forma, as restrições urbanístico-ambientais convencionais não estão imunes à intervenção do Estado, o que é o mesmo que atribuir ao Poder Público a titularidade, no caso de flexibilização, de um *poder de modificabilidade estritamente condicionada* e sindicável judicialmente, assim denominada por se sujeitar a rigorosos pressupostos específicos (grifos no original).

Além disso, Herman Benjamin afirma que “essas alterações legislativas [que diminuem restrições já conquistadas] (...) se submetem rigorosamente ao princípio da não-regressão”.

O Ministro do STJ, portanto, defende que o Estado pode fazer alterações reducionistas na legislação. Contudo, para obedecer ao princípio da vedação do retrocesso, deve demonstrar de maneira cabal e motivada as razões para “dar marcha a ré nos mecanismos de proteção urbanística e ambiental”.

Veja-se que Herman Benjamin se utiliza de conceitos muito vagos e amplos quando se refere aos limites da vedação do retrocesso ambiental, como

51 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 302.906/SP. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.08.2010.

“interesse público”, “circunstâncias excepcionais” e “motivos determinantes”. Por isso, para tentar tornar mais concreto o referido princípio — apesar de não ter investido esforços para definir quais as situações de interesse público que justificariam uma regressão —, elencou quais seriam os motivos determinantes e as circunstâncias especiais que legitimariam o Estado a eliminar ou a suavizar as restrições urbanístico-ambientais convencionais: (i) quando o caráter do próprio direito de propriedade passa por insuperável e irreversível transformação; (ii) quando o aspecto ou função do bairro ou local de incidência das restrições urbanístico-ambientais converte-se, de maneira avassaladora e incontornável, em algo completamente distinto daquele que justificou, dezenas de anos atrás, a imposição de rígidos controles sobre o direito de construir; e (iii) quando da ocorrência do obsoletismo valorativo e do obsoletismo técnico, definido por Herman Benjamin como um envelhecimento que não surge em razão de norma ou lei que lhe é posterior, mas em decorrência de transformações dos valores e expectativas ético-sociais ou por conta do avanço do conhecimento científico.

Importante observar que o caso trazido à baila trata de situação muito específica, pois versa apenas sobre restrições urbanístico-ambientais. Não obstante não serem aplicáveis aos casos envolvendo questões puramente de direito ambiental, é de se destacar a atitude do Ministro do STJ, que se preocupou em elencar as situações que justificam mitigação ou eliminação de garantias já existentes. No entanto, ainda assim, existem dúvidas: que tipo de interesse público justificaria uma regressão? Quando o direito ambiental está em conflito com outros direitos fundamentais, qual retrocesso deve prevalecer? Como operacionalizar a vedação do retrocesso ambiental para que essa ideia não represente violação ao princípio democrático? São perguntas que a jurisprudência e a doutrina ainda não conseguiram responder.

No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não foi possível encontrar nenhum caso no qual há a **expressa** aplicação da vedação do retrocesso ambiental<sup>52</sup>. Contudo, conforme já afirmado, a PGR ajuizou três ações diretas de inconstitucionalidade que questionam diversos dispositivos do novo Código Florestal e um dos principais argumentos é justamente a violação à proibição de retroceder na esfera do meio ambiente. O STF, portanto, terá pela frente

52 A pesquisa foi realizada no dia 26 de março de 2013, no sítio do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>) com os seguintes termos: “não-regressão”, “vedação de retrocesso”, “proibição de retrocesso”, “retrocesso social”, “não retorno da concretização”, “retorno e concretização”, “não retrocesso social”, “não retrocesso”, “não retrocesso social”, “eficácia vedativa e retrocesso”, “eficácia impeditiva e retrocesso”, “não evolução reacionária” e “proibição e contra revolução”. Diante da falta de uniformidade na denominação da vedação do retrocesso, não se descarta a possível existência de acórdãos que trataram do tema com outras expressões. Além disso, não se ignora a possibilidade de que haja julgados que apliquem a lógica da não regressão ambiental sem nomeá-la diretamente.

importante oportunidade para se manifestar sobre o assunto. Espera-se que a Suprema Corte, diferentemente do STJ e da doutrina em geral, enfrente o fato de que a aplicação da vedação do retrocesso ambiental precisa levar em conta questões não existentes na seara dos direitos sociais.

O corriqueiro conflito entre o direito do meio ambiente e outro direito fundamental traz a necessidade de se pensar em critérios objetivos capazes de medir “retrocesso” e estabelecer de qual retrocesso se está tratando. Com efeito, o objetivo do próximo capítulo é trazer uma proposta de utilização de um instrumento apto a considerar todos os direitos em colisão, não permitindo seja feita apenas uma análise unilateral da obrigação de não retroceder que faz prevalecer o direito ambiental em detrimento de outros direitos de igual relevância.

### 3. VEDAÇÃO DE RETROCESSO NA ESFERA AMBIENTAL: REORGANIZANDO AS IDEIAS

Como se viu, a doutrina trabalha a ideia de vedação do retrocesso ambiental dentro de uma matriz teórica de princípio constitucional<sup>53</sup>. De fato, seja como princípio, seja como modalidade de eficácia de princípio, a vedação do retrocesso se insere no vocabulário da teoria dos princípios. Resta analisar, portanto, mesmo que de forma breve, o que preceitua esta teoria e como ela define o que é um princípio. A definição aqui utilizada será a de Robert Alexy, visto que seu pensamento é encontrado com bastante frequência na literatura brasileira<sup>54</sup>.

Com efeito, a teoria dos princípios parte da distinção das espécies normativas. Na concepção de Alexy, regra e princípio guardam entre si uma distinção qualitativa/estrutural, e não de grau, embora este último seja um critério tradicional para a distinção em questão. Os princípios seriam mandamentos de otimização, ou seja, seriam caracterizados pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que sua satisfação depende das possibilidades fáticas jurídicas<sup>55</sup>. Nesse sentido, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>56</sup>.

53 É importante dizer que, por conta de limitações de tempo e de espaço, não faz parte do escopo desse trabalho traçar uma análise crítica quanto à natureza jurídica da vedação de retrocesso. Com efeito, presume-se que o aludido instituto pode sim ser trabalhado na teoria dos princípios, conforme entendimento majoritário da doutrina. Não obstante, não se descarta a possibilidade de, a partir de uma análise profunda do tema, verificar-se que, na verdade, a vedação de retrocesso não possui natureza de princípio.

54 Cf, e.g., BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

55 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 87-90.

56 *Idem*.

Ocorre que, muitas vezes, a realização completa de um princípio pode ser impedida pela realização de outro princípio<sup>57</sup>. Com efeito, quando uma mesma situação é permitida por um, mas proibida por outro princípio, configura-se, de acordo com a denominação proposta por Alexy, uma colisão entre princípios. Nesses casos, um dos princípios não conseguirá ser realizado na sua maior medida possível e terá que ceder. Não obstante, o princípio cedente não perderá sua validade nem ganhará uma cláusula de exceção. A precedência de um princípio se dá, apenas, sob determinadas condições. Diante de outras condições, a relação de precedência pode ter outro resultado. Por isso é que se diz que princípios têm diferentes pesos e terá precedência aquele que tiver maior peso<sup>58</sup>.

Neste sentido, o autor alemão conclui que há uma forte conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade em suas três máximas parciais. No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, esta reflete a exigência de sopesamento que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. As máximas da adequação e da necessidade, por outro lado, decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas<sup>59</sup>.

Portanto, Alexy entende que princípios não expressam um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*<sup>60</sup>, podendo, assim, sofrer limitações após o sopesamento com outros princípios em colisão.

É por isso que a maioria dos autores rejeita por completo a ideia de um princípio da vedação do retrocesso absoluto, uma que vez que, se assim fosse considerado, perderia, na verdade, a sua própria natureza de princípio. Nas palavras de José Vicente dos Santos Mendonça:

claro está que não se pode pensar numa vedação *absoluta* do retrocesso dos direitos sociais. A Constituição aberta e plúrima, flexível à interpretação/concretização por meio do legislador infraconstitucional — o qual se serve dos cambiantes dados da realidade fática para estabelecer determinado *padrão de norma*ção — haver-se-ia transformado, à custa da vedação absoluta, numa Constituição dura como pedra (grifos no original)<sup>61</sup>.

57 SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº1, 2003, pp. 607-630.

58 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 93 e 94.

59 *Idem*, pp. 117 e 118.

60 *Idem*, p. 104.

61 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Direitos Fundamentais* — Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 205-236.



Veja, também nesse sentido, lição de Ingo Sarlet:

**não há como sustentar uma vedação absoluta de medidas restritivas na esfera dos direitos sociais prestacionais**, já que nem mesmo os direitos fundamentais sociais expressamente consagrados na Constituição — os quais integram inequivocamente o rol das ‘cláusulas pétreas’ do art. 60, par. 4º, da CF de 1988 são imunes a restrições (grifou-se)<sup>62</sup>.

Na mesma linha, observa Herman Benjamin:

claro, **não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso**, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõem-lhes limites não discricionários à sua atuação (grifou-se)<sup>63</sup>.

Tendo em vista que a doutrina trata da vedação do retrocesso dentro de um quadro teórico preenchido pela teoria dos princípios — que rejeita por completo a existência de princípios absolutos —, era mesmo de se esperar que se posicionasse conforme acima demonstrado.

Ocorre que na aplicação da vedação do retrocesso ambiental restam configurados dois tipos de conflitos diferentes. Primeiro, um conflito entre a vedação do retrocesso e o princípio democrático, comum a qualquer direito fundamental ou social — por isso, não é o principal objetivo deste trabalho analisá-lo. O que se pretende aqui pensar é em um segundo conflito, muito mais complexo e peculiar ao direito ambiental, qual seja, aquele no qual dois direitos fundamentais de hierarquia constitucional entram em colisão. O problema aqui parece ser mais grave: como conciliar a restrição dos princípios colidentes sem incorrer em retrocesso? Como se viu na teoria de Alexy, não é possível admitir que um sempre prevaleça, é necessário analisar as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para determinar a relação de prevalência. Nessa esteira, não se pode atribuir maior relevância ao direito ambiental, tampouco permitir que ele pre-

62 SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17, 1999, pp. 111-132.

63 BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 55-72. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

valeça em todas as colisões. O operador do direito deverá, em cada caso, decidir qual princípio prevalecerá por meio do exame de proporcionalidade.

Segundo preceitua Gustavo Binzenbojm e ensina a maioria da doutrina, o postulado da proporcionalidade funciona como verdadeiro instrumento da ponderação. Nas suas três etapas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, “a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido (...) com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles”<sup>64</sup>.

No entanto, não é bem assim que se opera a vedação do retrocesso na seara ambiental. A doutrina e a jurisprudência parecem não enxergar a existência desse complicado conflito entre direitos fundamentais. Há uma evidente cegueira para a possibilidade de restrições recíprocas, na medida em que as colisões de direitos fundamentais são encaradas como potencial de retrocesso **apenas** para o direito ambiental. O exame de proporcionalidade, portanto, é feito unilateralmente, o que acaba por privilegiar, sem qualquer embasamento jurídico, o direito ambiental em detrimento de qualquer outro que esteja em colisão.

Por que há tamanha dificuldade de se enxergar o aludido conflito na seara ambiental? Uma hipótese plausível é a de que o direito do meio ambiente, no debate jurídico brasileiro, está intrinsecamente ligado ao direito à vida. Assim, falar na proteção do meio ambiente é o mesmo que falar, em primeiro plano, na proteção do direito à vida. E não só da vida das presentes, mas também das futuras gerações. Veja alguns exemplos na doutrina:

e mesmo que custos, até elevados, estivessem associados ao princípio da proibição de retrocesso ambiental (o que não é o caso, repita-se), como se trata de resguardar as bases da **vida**, e, amiúde, salvar, literalmente, **vidas humanas**, em nada se justificaria economizar aqui para gastar acolá... (grifou-se)<sup>65</sup>.

o Direito Ambiental contém uma substância estreitamente vinculada ao mais intangível dos direitos humanos: o **direito à vida**, compreendido como um direito de sobrevivência em face das ameaças que pesam sobre o Planeta, pelas degradações múltiplas do meio onde estão os seres vivos (grifou-se)<sup>66</sup>.

64 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 107.

65 BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 55-72. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

66 PRIEUR, Michel. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e

Confira, também, exemplos na jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL — DIREITO AMBIENTAL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL — IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL — PEDIDO GENÉRICO — ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE — SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.  
(...)

6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida (...) (grifou-se)<sup>67</sup>.

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. PRESERVAÇÃO ARQUITETÔNICA DO PARQUE LAGE (RJ). ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA CARACTERIZADA. CONCEITO LEGAL DE “MEIO AMBIENTE” QUE ABRANGE IDEAIS DE ESTÉTICA E PAISAGISMO (ARTS. 225, CAPUT, DA CR/88 E 3ª, INC. III, ALÍNEAS “A” E “D” DA LEI N. 6.938/81).  
(...)

3. Em primeiro lugar, a Constituição da República vigente expressamente vincula o meio ambiente à sadia qualidade de vida (art. 225, caput), daí porque **é válido concluir que a proteção ambiental tem correlação direta com a manutenção e melhoria da qualidade de vida dos moradores do Jardim Botânico (RJ)** (grifou-se)<sup>68</sup>.

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL.  
(...)

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações (grifou-se)<sup>69</sup>.

---

Controle. Brasília, 2011, pp. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

67 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.11.2009.

68 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 876.931/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.08.2010.

69 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 588.022/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17.02.2004.

Enfatiza-se, aqui, o último julgado apresentado. O relator do caso encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Min. José Delgado, afirma expressamente que o direito ambiental deve prevalecer no confronto com o direito ao desenvolvimento **por conta do seu objetivo de preservar a vida humana**. Ora, o que isso significa se não atribuir ao direito ambiental um caráter absoluto?

É claro que a proteção ao meio ambiente em muito diz com o direito à vida, especialmente com o direito à sadia qualidade de vida, conforme protegido pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*. No entanto, não é razoável que o direito ao meio ambiente proteja de imediato o direito à vida — assim como não faria sentido que o direito constitucional tratasse sempre, em primeiro plano, da dignidade da pessoa humana. Para melhor explicar, vale conferir um exemplo bastante conhecido na seara constitucional: quando um jornal, uma revista ou um livro publicam algo sobre a vida de alguém, e essa pessoa se sente ofendida pela publicação, é possível que haja colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da privacidade e intimidade. Não há, aqui, colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, apesar de, em casos de ofensa à privacidade e intimidade, poder se falar, em um âmbito mais geral, em ofensa à dignidade da pessoa humana. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao direito ambiental. Se o Estado autoriza a construção de uma usina hidrelétrica em local coberto por vegetação nativa, os princípios em colisão são a proteção ao meio ambiente e o direito ao desenvolvimento econômico do país, e não o direito à vida da presente e das futuras gerações e o direito ao desenvolvimento econômico. Por óbvio, há situações nas quais tratar-se-á diretamente do direito à vida, como seria o caso, por exemplo, de uma indústria que despeja substâncias cancerígenas em um rio responsável por abastecer uma cidade. Nesta hipótese, ter-se-ia, em primeiro plano, uma violação direta ao direito à vida. Entretanto, isso não vale para todos os casos envolvendo o meio ambiente.

Nesse sentido, se se permitir que o direito ambiental traga sempre em primeiro plano a proteção à vida, qualquer ponderação entre a vedação do retrocesso ambiental (ou qualquer outro princípio de direito ambiental) e outro princípio já terá, *a priori*, o seu resultado definido, pois o legislador, o administrador e o julgador (cada um diante de situações diferentes de ponderação de princípios em colisão) vão deixar sempre prevalecer o direito à vida. Apesar de não haver hierarquia entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, é de se esperar que, quando um dos princípios em colisão seja realmente o direito à vida, o agente decisório opte por sua prevalência, pois sem

ele não há porque garantir qualquer outro direito. Portanto, considerar sempre que o direito ao meio ambiente tem, em sua mais rasa dimensão, uma proteção direta ao direito à vida pode ter como consequência a descaracterização dos conceitos de princípio, de ponderação e de exame de proporcionalidade, o que seria inconsistente com a matriz teórica de princípio invocada pela doutrina para definir a vedação de retrocesso. Como visto na teoria de Alexy, as relações de prevalência não comportam determinações *a priori*, pois o peso de cada princípio depende das condições fáticas e jurídicas existentes em um determinado caso concreto. Além disso, expressa perigoso componente arbitrário, já que o intérprete “escolhe” como absoluto o meio ambiente ou a vida em detrimento de outros princípios que o constituinte quis preservar com igual status.

Para visualizar melhor os problemas envolvidos nessa discussão, é possível fazer uma analogia com outro debate sobre princípios constitucionais e seus conflitos. Há, na doutrina nacional, similar debate teórico acerca da problemática de um determinado princípio sempre prevalecer sobre outro: trata-se da suposta prevalência necessária do interesse público sobre o interesse privado, a “supremacia do interesse público”. Não obstante os princípios em colisão serem diversos, a lógica por trás da reprovação da prevalência *a priori* de um determinado princípio se dá pelo mesmo fundamento tanto na esfera do direito administrativo, quanto na do direito ambiental. Nesse sentido, confira-se lição de Gustavo Binbenbojm:

a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais revela-se **absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios**, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma **lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada**, que ‘demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (grifou-se)’<sup>70</sup>.

A prevalência do interesse público é rejeitada, também, por Humberto Ávila. O autor assevera que no lugar de uma “‘relação abstrata de prevalência absoluta’, (...) deve ser descrita uma ‘relação concreta de prevalência relativa’, cujo conteúdo depende das circunstâncias do caso e cujos efeitos só são desencadeados caso verificadas as condições de prevalência do princípio envolvido”<sup>71</sup>.

70 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

71 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 11, set./out./nov. 2007. ISSN 1981-1888.

Como se vê, é inadmissível que um princípio sempre vença em qualquer situação de conflito. Portanto, o primeiro passo para aplicar a vedação do retrocesso ambiental em conformidade com a teoria dos princípios é conseguir analisar qual direito deve ser tutelado em primeiro plano, mesmo que em uma dimensão mais geral tenha-se a proteção ao direito à vida.

Até o momento, é possível concluir que a doutrina insere a vedação do retrocesso ambiental em uma matriz teórica de princípio constitucional. Apesar disso, apresenta grande dificuldade de perceber que o instituto, além de apresentar conflito entre o direito do meio ambiente e a autonomia do legislador, reflete — o que é perigosamente complicado — conflitos mais intrincados com direitos fundamentais, como a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico e o direito de propriedade, que também estão abarcados pela obrigação de não retroceder.

Nesse cenário, faz-se importante investigar como deve se dar o sopesamento dos princípios materiais em questão. É necessário identificar um instrumental de aplicação da proibição de retrocesso na seara do meio ambiente que, se não supere completamente as críticas acima apontadas, pelo menos as minimize.

#### **4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E VEDAÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: UMA PROPOSTA DE OPERACIONALIZAÇÃO**

O terceiro capítulo mostrou que a doutrina e a jurisprudência não trazem elementos capazes de enfrentar os problemas específicos da operacionalização da vedação do retrocesso ambiental. Acredita-se que uma ferramenta adequada para tanto, que pode ser encontrada no âmbito do conjunto de estudos conhecido como “análise econômica do direito”, é a realização de análise de custo-benefício pelo legislador e administrador na criação de políticas públicas e marcos regulatórios, e pelo julgador em eventual revisão da legislação.

De acordo com Richard Posner, economia é a ciência da escolha racional em um mundo em que os recursos são limitados em relação aos desejos humanos. Portanto, sua tarefa é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus objetivos na vida<sup>72</sup>.

A economia, portanto, pode trazer grandes contribuições ao direito. Um grande exemplo é a sua capacidade de prever consequências advindas de novos marcos regulatórios ou de determinadas políticas públicas, o que pode ser feito a partir da modelagem das condutas humanas como fruto de escolhas racionais. Neste contexto, com o auxílio de ferramentas do campo da economia, é possí-

72 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6<sup>th</sup> Edition. New York: 2003, p. 3.

vel analisar se uma norma jurídica é capaz de atingir o fim ao qual se propõe, ou se, pelo contrário, gera efeitos diametralmente opostos àqueles pretendidos.

Ao tratar da apropriação, pelo direito, de conceitos econômicos, o professor Carlos Ragazzo afirma que:

e o seu efeito [da economia] sobre as novas técnicas jurídicas poderá ser bastante significativo, ao permitir a consideração de previsões, incentivos e consequências decorrentes das possíveis interpretações por ocasião das ponderações (que confluem julgamentos de valor) e no preenchimento de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais. (...) Há uma potencial consonância entre a teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a análise econômica do Direito<sup>73</sup>.

Críticos da utilização de conceitos econômicos pela ciência jurídica poderiam afirmar que a economia objetiva apenas promover a eficiência, mesmo que para isso seja necessário sacrificar o considerado justo. Por isso, é necessário aqui estabelecer uma diferenciação conceitual. A análise econômica pode ser feita por dois ângulos distintos: um positivo, consistente na constatação da realidade, que busca **descrever** quais são os bônus e os ônus envolvidos em cada uma das interpretações das regras jurídicas; e outro normativo, que visa **prescrever** quais devem ser as condutas jurídicas a serem adotadas. Ou seja, declarações positivas tratam de afirmações a respeito de como o mundo é (juízos de fato), enquanto declarações normativas referem-se a como o mundo deveria ser (juízos de valor).<sup>74</sup>

A sugestão de análise econômica que aqui será proposta deve ser informada por um viés positivo, pois visa ampliar o universo de informações disponíveis para os agentes decisórios em matéria ambiental, sempre que o princípio da vedação do retrocesso seja invocado, sem necessariamente determinar, em definitivo, qual medida deve ser adotada. Sugere-se, assim, que o conceito de eficiência econômica seja incorporado ao senso de justiça, mas não o substitua por completo.

Nesse cenário, cumpre definir o que se entende por eficiência econômica. Trata-se de “critério para maximizar a riqueza e o bem-estar de uma sociedade. Ao discutir políticas públicas, o administrador, o legislador e o julgador devem buscar soluções que promovam o bem-estar dos recipientes consumidores e contribuintes”.<sup>75</sup>

73 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 86.

74 MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 30.

75 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 90.

Na análise econômica do direito, existem dois principais conceitos de eficiência<sup>76</sup>. O primeiro, conhecido como critério de eficiência de Pareto, determina que uma situação econômica é eficiente se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. Ou seja, para uma medida regulatória ser eficiente no sentido de Pareto, ela deve gerar ganhos para um interesse ou bem jurídico, sem gerar qualquer perda para outro. O critério de Kaldor-Hicks, por sua vez — também chamado de eficiência de Pareto melhorada —, objetiva a maximização de riqueza e preceitua a ideia de que é possível haver uma situação eficiente na qual a melhora de um indivíduo gera a piora de outro, desde que o ganho seja maior do que a perda, admitindo, neste caso, que haja perdedores. Assim, a melhora dos ganhadores compensa o prejuízo dos perdedores.

A criação de legislação, políticas públicas e marcos regulatórios em direito ambiental parece não suportar o critério de eficiência parentiana, na medida em que é muito difícil vislumbrar uma situação na qual não haverá perdedores. A tutela ambiental, como já afirmado, é constantemente contraposta a princípios de significativa importância constitucional (como livre iniciativa, desenvolvimento econômico e direito de propriedade) e, portanto, para ser concretizada, muitas vezes impõe a estes algumas restrições. Nesse sentido, o conflito entre direito ambiental e outros direitos fundamentais representa possibilidade de restrição para todos os envolvidos. A promoção de um, pode refletir na não promoção de outro, determinando, assim, que se avalie os benefícios líquidos de uma nova medida. Por isso, o critério de eficiência utilizado será o de Kaldor-Hicks.

Nesse contexto, a análise de custo-benefício da regulação ambiental parece ser o único critério seguro para orientar, a partir de premissas empíricas consistentes, a atuação do legislador, do administrador e do julgador na concretização do princípio constitucional da vedação do retrocesso ambiental.

#### 4.1. Análise de custo-benefício

A análise de custo-benefício (ACB) nada mais é do que uma ferramenta para avaliar se uma política pública e um marco regulatório podem ser considerados eficientes, nos termos da eficiência de Kaldor-Hicks exposta anteriormente.

76 LEAL, Fernando. *Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Bahia: nº 15, ago./set./out. 2008. ISSN 1981-1861. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>. Último acesso em 12 maio 2013.



Com efeito, os impactos negativos e positivos de uma regulação são convertidos em uma unidade monetária comum, atribuindo valor aos direitos em questão. Nesse sentido, avalia-se o valor dos benefícios e o valor dos custos; se os benefícios  $B$  excederem os custos  $C$  e esta diferença for positiva ( $B - C > 0$ ), pode-se afirmar que a regulação promove eficiência econômica.

Não é demais repetir que a ACB aqui proposta deve ser guiada por uma perspectiva positiva da economia. Funciona, portanto, como verdadeiro instrumento, e não regra, de decisão. Vale dizer, a análise de custo-benefício tem por objetivo apoiar o regulador e o julgador, dando as informações necessárias para a decisão mais adequada. Logo, não visa impor que uma determinada escolha seja feita.

Como observa Carlos Ragazzo, há importantes justificativas para a utilização da análise de custo-benefício como paradigma regulatório. Em primeiro lugar, ao se preocupar com a verificação empírica das vantagens concretas das ações do governo, referida análise evita as más escolhas muitas vezes feitas pelos burocratas. Além disso, é capaz de eliminar as noções vagas de interesse público e, com critérios objetivos, permite que a sociedade acompanhe o processo de escolha regulatória. Em segundo lugar, Ragazzo aponta que a definição de escolhas regulatórias a partir de um critério padrão, fundamentado em questões econômicas e empíricas, é capaz de reduzir as falhas de governo, na medida em que combate a captura dos órgãos reguladores, concretizando os custos dos direitos como um dos principais parâmetros de decisão<sup>77</sup>.

Com efeito, o professor afirma que a análise de custo-benefício deve ser feita através da adoção de diversas etapas de análise para que se chegue à alternativa regulatória mais adequada. Assim, o processo de escolha regulatória pode ser resumido da seguinte forma: (i) identificação do problema e sua causa; (ii) esclarecimento e graduação dos objetivos regulatórios; (iii) reconhecimento das opções e informações disponíveis; (iv) previsão das consequências para cada opção e avaliação de acordo com *standards* de eficiência e/ou de equidade; e (v) seleção da alternativa mais adequada<sup>78</sup>.

Portanto, conforme afirma o aludido professor, com a implementação de um critério padrão, o processo de escolhas regulatórias ganha neutralidade e objetividade. E não é só. A análise de custo-benefício pode também ser aplicada para avaliar as normas que já estão em vigor, verificando, após certo período de vigência, o que precisa ser aprimorado<sup>79</sup>.

77 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 210-212.

78 *Idem*.

79 *Idem*.

Importante ferramenta da ACB é o relatório de impacto regulatório, responsável por fornecer informações que vão auxiliar na escolha pública. Evita-se, assim, custos excessivos e permite-se uma avaliação de todas as possibilidades regulatórias a partir de conclusões extraídas de análises empírica<sup>80</sup>. Nesse sentido, explica Carlos Ragazzo:

os objetivos do relatório seriam múltiplos, não servindo somente para desenvolver a compreensão da sociedade sobre os impactos decorrentes da regulação (efeitos sistêmicos), mas também para amenizar falhas cognitivas mais crassas, como as de reputação e as que decorrem da aversão ao risco. Ao aumentar a cognição da sociedade, permite-se uma maior responsabilização do governo, que, por outro lado, passa a ter um instrumento que viabiliza a coordenação das políticas<sup>81</sup>.

Não restam dúvidas, portanto, acerca da relevância do relatório de impacto regulatório para a ACB. Menciona-se, ainda, aquilo que o professor Ragazzo entende como o conteúdo mínimo do referido relatório: (i) descrição das alternativas viáveis; (ii) identificação dos custos e benefícios a serem computados; (iii) catalogação dos impactos e seleção dos indicadores para mensuração; (iv) monetização dos impactos; (v) desconto dos custos e benefícios para obtenção de valores presentes; (vi) cômputo do valor líquido atual de cada alternativa; e (vii) escolha da alternativa<sup>82</sup>.

A comparação entre custos e benefícios requer, previamente, a identificação de uma unidade objetiva de valor, em geral definida em termos monetários. Para tanto, a maneira empregada pelos economistas para determinar o valor que os indivíduos atribuem a alguma coisa é através do conceito de “disposição para pagar” (*willingness to pay*), extraída da curva de demanda por certo bem ou serviço<sup>83</sup>. No entanto, na seara ambiental, muitos bens jurídicos em jogo não são negociáveis no mercado. Surge aqui um dos grandes desafios da ACB na tutela do meio-ambiente: como quantificar o valor monetário de todos os custos e benefícios envolvidos em uma decisão, quando entram em cena bens como a vida humana, os danos ambientais e o bem-estar das futuras gerações?

80 *Idem*, pp. 214 e 215.

81 *Idem*, p. 216.

82 *Idem*.

83 Essa relação entre disposição para pagar e curva de demanda é bastante clara quando se percebe que esta curva quantifica o montante que os consumidores pagariam por cada unidade consumida, revelando a utilidade proporcionada por certo bem ou serviço. Cf. SAMUELSON, Paul A. *Economia*. Porto Alegre: AMGH Editora, 2012, p. 85.

Nesses casos, a disposição individual para pagar não é determinada de modo direto e imediato, a partir de uma análise do mercado (até porque o mercado sequer existe). A estratégia para a valoração econômica de bens não negociáveis é a **inferência** da disposição para pagar a partir da observação de mercados relacionados. Cass Sunstein fornece um exemplo interessante de determinação do valor monetário da vida humana. Segundo o autor, a agência ambiental norte-americana — *Environmental Protection Agency* (EPA) — avalia a vida humana em cerca de U\$6,1 bilhões, cifra conhecida como o valor estatístico da vida (*value of statistical life*). Esse número foi obtido a partir de estudos voltados a determinar qual a remuneração mínima que trabalhadores e consumidores aceitam receber para assumir riscos mortais no ambiente de trabalho e no consumo de produtos, respectivamente<sup>84</sup>.

Outras críticas são feitas à ACB. Medir custos e benefícios através da “disposição para pagar” de cada indivíduo depende fortemente da distribuição de renda. Aqueles que possuem capacidade financeira menor estão dispostos a pagar menos e, por isso, têm menos influência no resultado da ACB<sup>85</sup>. Outro problema é a consideração dos direitos das gerações futuras: a quantificação de valor é problemática, pois, com uma taxa de desconto de 7%, U\$1000 daqui a vinte anos valem U\$260 hoje<sup>86</sup>. Além disso, há quem defenda que a ACB não pode ser aplicada a todo e qualquer caso envolvendo o meio ambiente, já que em algumas situações a incerteza científica é tão significativa que resulta na impossibilidade de atribuição de valor aos direitos ou interesses em questão. Quando isso ocorre, a alternativa que se propõe é incorporação do princípio da precaução ao processo decisório<sup>87</sup>.

Fato é que toda e qualquer técnica de decisão regulatória sofre críticas. Acredita-se, todavia, que quando escolhas precisam ser feitas, a ACB é capaz de fornecer um eficiente mecanismo de avaliação das consequências da esco-

84 SUNSTEIN, Cass R. *Cost-Benefit Analysis and the Environment*. In: Ethics, vol. 115, No. 2 (January 2005), The University of Chicago Press, pp. 351-385. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/426308>. Último acesso em 17 maio 2013.

85 MATTHEW J. KOTCHEN. *Cost-Benefit Analysis*. Disponível em: <http://environment.yale.edu/kotchen/pubs/CBAchap.pdf>. Último acesso em 31 maio 2013.

86 SUNSTEIN, Cass R. *Cost-Benefit Analysis and the Environment*. In: Ethics, vol. 115, No. 2 (January 2005), The University of Chicago Press, pp. 351-385. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/426308>. Último acesso em 17 maio 2013.

87 ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*. New York: New Press, 2003; CASSUTO, David N.; SAMPAIO, R. S. R.. *Hard, Soft & Uncertain: The Guarani Aquifer and the Challenges of Transboundary Groundwater*. In: Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, v. 24, 2013, p. 1-41. Ver sobre o assunto, mas em sentido diverso: SUNSTEIN, Cass R. *Cost-Benefit Analysis and the Environment*. In: Ethics, vol. 115, No. 2 (January 2005), The University of Chicago Press, pp. 351-385. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/426308>. Último acesso em 17 maio 2013.

lha de determinada alternativa. Essa proposta de operacionalização pretende minimizar as críticas tradicionalmente direcionadas à proporcionalidade e à ponderação de interesses, acusadas, muitas vezes, de serem excessivamente subjetivas e voluntaristas. Obviamente, reflexões mais profundas sobre o tema da controlabilidade do processo decisório humano (judicial ou não) escapam ao propósito deste trabalho. Porém, para os fins aqui pretendidos é importante notar que os critérios propostos forneceriam um ganho de racionalidade, diminuindo o espaço para apreciações subjetivas no que se refere à aplicação da vedação de retrocesso na esfera ambiental. Não se pode esquecer que políticas públicas, inclusive no que se refere ao meio ambiente, impõem custos e trazem benefícios à sociedade. Nesse contexto, o processo de tomada de decisão deve ser informado de todos os seus eventuais impactos e a análise de custo-benefício é o instrumento mais adequado para tal.

É importante mencionar que a extensão e a profundidade da ACB devem variar de acordo com o agente decisório em questão: de um lado, o legislador e o administrador, agentes técnicos responsáveis por elaborar políticas públicas e marcos regulatórios; e, de outro, o julgador, agente que não possui conhecimento técnico e que em tese não deve exercer papel de criação do direito. Esse tratamento diferenciado decorre de dois principais riscos envolvidos na ACB: (i) o risco da captura, como sendo aquele representado pela influência que os agentes decisórios sofrem da política e de grupos de interesses privados; e (ii) o risco da ausência de capacidade institucional, consistente na falta de formação técnica para a formulação de políticas públicas e marcos decisórios.

No marco institucional brasileiro, o Poder Legislativo e o Poder Executivo são agentes que tendem a deter os conhecimentos técnico-especializados para a criação da regulação ambiental<sup>88</sup>. São esses agentes decisórios, tipicamente dotados de formação mais técnica nas áreas de política pública relevantes, que devem fazer uma ACB profunda capaz de determinar qual medida é mais eficiente, tornando, assim, pequeno o risco da falta de capacidade institucional. No momento da elaboração de um novo marco regulatório ambiental, o legislador e o administrador são encarregados de demonstrar, a partir de estudo técnico, que aparente redução do patamar de proteção ambiental é justificável

<sup>88</sup> É importante mencionar que não é tão simples decidir quem tem mais “capacidade” para lidar com a formulação de medidas regulatórias. Sem uma análise empírica, o argumento sobre capacidades institucionais perde bastante força (Ver, nesse sentido: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 8, jan./jun. 2011, pp. 6-50). No entanto, não se pode ignorar que, pelo menos em tese, o legislador e o administrador possuem uma formação mais técnica, quando comparados aos juízes, para tal. O próprio ingresso em cargos da Administração Pública e do Poder Legislativo que lidam com a formulação de políticas públicas e marcos regulatórios depende de conhecimentos técnicos e específicos.

com fundamento em uma análise de custo-benefício. Ou seja, a partir da conversão dos impactos negativos e positivos em uma unidade monetária comum, esses agentes regulatórios têm condição de avaliar se o novo modelo pretendido é mais eficiente (i.e., possui maiores benefícios líquidos) que o antigo.

Para legitimar a sua conclusão e para permitir maior controle por parte da sociedade, é importante que o legislador e o administrador se valham do relatório de impacto regulatório, nos termos acima expostos, divulgando todas as informações e todos os dados utilizados durante o processo decisório.

Apesar de, em tese, possuírem uma formação mais técnica, os legisladores e administradores nem sempre são pautados pela técnica e não raro escapam do objetivo primordial de atendimento do interesse público ao desenhar marcos regulatórios. Infelizmente, algumas medidas são editadas com a finalidade de atender a grupos de interesses específicos, o que demonstra a possibilidade de grande influência política no processo decisório. Isso se dá na medida em que são, por excelência, órgãos políticos que dependem do apoio popular. Sendo assim, os Poderes Legislativo e Executivo ficam bastante vulneráveis ao risco da captura<sup>89</sup>.

O Poder Judiciário, por sua vez, não possui, em geral, ferramentas para uma ACB tão profunda, uma vez que os juízes são agentes mais generalistas e com menor formação técnica em áreas especializadas. Aqui, portanto, o risco da capacidade institucional é mais latente: os magistrados não estão acostumados a lidar com a criação de políticas públicas e marcos regulatórios. O Poder Judiciário ostenta maior dificuldade para avaliar se uma nova medida é ou não mais eficiente que a antiga, em boa medida porque o próprio formato do processo judicial prioriza aspectos pontuais de cada caso concreto em detrimento de uma visão global do fenômeno analisado (“visão de túnel”). Para diminuir o déficit de informação, importantes instrumentos, sobretudo em questões regulatórias, são os *amicus curiae*<sup>90</sup> e as audiências públicas, capazes de subsidiar o juiz com questões técnicas que escapam ao seu conhecimento mais geral.

Por outro lado, a magistratura se vale de garantias (e.g., nomeação, via de regra, após concurso público, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade) que permitem que os juízes fiquem menos vulneráveis às influências políticas e ao atendimento de interesses de grupos específicos. Nesse sentido, o risco da captura é, comparativamente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, bem menor no âmbito do Poder Judiciário, o que o coloca em

---

89 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 252.

90 *Idem*, p. 263.

posição importante para zelar pelo funcionamento adequado e transparente de políticas públicas e marcos regulatórios estatais.

Diante desse cenário, como, então, deve se dar a revisão judicial de políticas públicas e marcos regulatórios? O professor Carlos Ragazzo vislumbra uma possível solução: “a ideia é conjugar a construção de incentivos positivos para o processo político com a adequação das características institucionais do Poder Judiciário”<sup>91</sup>. Com efeito, a revisão judicial deve conjugar uma atuação do Poder Judiciário que não vá além dos seus limites — i.e., que não esqueça da sua capacidade institucional para lidar com políticas públicas e marcos regulatórios —, mas, por outro lado, que não fique aquém de suas possibilidades — ou seja, que exerça sua aptidão para construir incentivos de transparência para o processo político decisório.

Assim, ao se deparar com uma norma que aparentemente incorre em retrocesso porque reduz determinado patamar de proteção ambiental, o juiz deve verificar se há relatório de impacto regulatório que traga as justificativas técnicas para a alteração — i.e., é necessário que o legislador e o administrador demonstrem que não obstante a redução, a nova medida é mais eficiente que a antiga. A ausência de referido relatório pode ser indício de que o processo de elaboração da norma foi capturado, facilitando a atuação do magistrado que se vê autorizado a anular a medida em questão.

Se, no entanto, há relatório de impacto regulatório que demonstre as razões que levaram os agentes regulatórios a fazerem determinada escolha pública, o ideal é que, em função das vantagens institucionais, o juiz adote uma posição de deferência<sup>92</sup>, mas sempre atento a eventuais arbitrariedades por parte do Legislativo e do Executivo. Por isso, é importante que ele se convença da essência daquele novo modelo e, em caso de dúvida, abra-se ao diálogo com os próprios reguladores e/ou com outros especialistas no assunto capazes de suprir sua deficiência informacional e levá-lo a uma conclusão mais consistente sobre o assunto.

#### 4.2. Aplicação da análise de custo-benefício ao caso concreto

Verificou-se da análise doutrinária que a vedação do retrocesso surgiu no âmbito dos direitos fundamentais sociais. Típico exemplo de sua aplicação é aquele que se refere à alteração legislativa de arranjos existentes no âmbito da proteção ao direito à saúde. Após criar uma lei que prevê a distribuição de determinado medicamento à população, o Estado a revoga sob o argumento de falta de recursos financeiros para a manutenção dessa distribuição. Nesse caso, o direito à

91 *Idem*, p. 257.

92 *Idem*, p. 263.

saúde é contraposto apenas a princípios orçamentários, tornando mais fácil visualizar e compreender a força do argumento que, com base na ideia de vedação de retrocesso, procura mostrar a necessidade de se manter o arranjo legislativo existente, restringindo assim a liberdade do legislador.

Esse exemplo típico, porém, não captura os problemas centrais da aplicação da vedação de retrocesso no campo do direito ambiental, no qual a questão se coloca de maneira bem mais complicada. Como já observado em momentos anteriores deste trabalho, na esfera ambiental há um conflito constitucional qualificado — não entre um direito fundamental e o interesse financeiro ou os imperativos orçamentários do Estado, mas sim entre dois princípios constitucionais que descrevem direitos fundamentais. Este tipo de conflito entre dois direitos fundamentais exige, para seu enfrentamento, a adoção de um exame de proporcionalidade, no qual, necessariamente, deve-se atentar para todos os princípios em colisão. Na seara do meio ambiente, portanto, não se pode admitir um exame unilateral, já que do outro lado do conflito há também princípios protegidos pela Constituição. Com isso, temos dois direitos potencialmente restringidos, dois princípios em relação aos quais pode haver injustificado “retrocesso” sempre que a legislação ambiental for alterada.

Para facilitar a compreensão desse aspecto do problema do retrocesso na esfera ambiental, analisa-se o seguinte exemplo: a ADI 4903, uma das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República em janeiro de 2013, alega que a Lei 12.651/12 — o novo Código Florestal — incorre em retrocesso ambiental no que diz respeito às áreas de preservação permanente (APPs) no entorno dos reservatórios d’água artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica. O art. 5º, *caput*, da Lei 12.651/12 possui a seguinte redação:

Art. 5º Na implantação de reservatório d’água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, **observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana** (grifou-se).

Antes da promulgação do novo Código Florestal, o parágrafo 6º do art. 4º da Lei 4.771/65 atribuiu ao Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) a competência para definir os parâmetros e os regimes de uso de APPs na

implantação de reservatório artificial d'água. Com efeito, a regra que vigia era encontrada na Resolução CONAMA 302/02, cuja redação era a seguinte:

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I — **trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;** (...) (grifou-se)

Ou seja, antes da promulgação da Lei 12.651/12, as APPs no entorno dos reservatórios artificiais d'água deveriam ter 30 metros quando situados em áreas urbanas e 100 metros quando situados em áreas rurais. A nova lei, porém, reduziu esses limites ao permitir que as referidas APPs tenham no mínimo 15 metros quando o reservatório estiver em área urbana e no mínimo 30 metros para os localizados em área rural. Diante desse cenário, o novo Código Florestal incorreu em retrocesso ambiental? Como a doutrina analisada neste trabalho enfrentaria este caso?

Em linhas gerais, o Min. Herman Benjamin afirma que o retrocesso será configurado sempre que o legislador suprimir norma garantidora de direito fundamental sem trazer mecanismos equivalentes ou compensatórios. Como se viu, a nova lei florestal simplesmente reduziu o tamanho das áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais d'água sem trazer qualquer medida que compense esta diminuição. Para Herman Benjamin, portanto, o art. 5º, da Lei 12.651/12 violaria a proibição de retrocesso na seara do meio ambiente.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer entendem que a proibição do retrocesso decorre do dever de implementação da progressividade dos direitos fundamentais. Sendo assim, enxergam uma dimensão positiva nesse dever de proibição, qual seja, a obrigação de avançar na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, entende-se que a Administração Pública e o Poder Legislativos não podem criar medidas no caminho contrário ao da promoção, é necessário sempre andar para frente na proteção ambiental. Pode-se concluir, então, que para os referidos autores diminuir a metragem das APPs em questão violaria a vedação do retrocesso ambiental.

Por último, para Patryck Ayala, a vedação do retrocesso em muito tem a ver com a garantia de um mínimo existencial. O legislador não poderia, assim, editar nova lei que diminuísse o núcleo de proteção inserido nesse mínimo existencial. Se o tamanho das APPs no entorno de reservatório artificial d'água previsto no Código Florestal anterior estiver, dentro da definição trazida pela autor — que,



diga-se, é demasiada aberta e subjetiva —, inserido nesse núcleo intocável de proteção, a nova legislação florestal violaria a vedação do retrocesso ambiental.

O que se vê, portanto, é um completo esquecimento de que o direito ambiental está em constante conflito com outros direitos fundamentais. O resultado é uma visão unilateral deste conflito que, aliada à forte ligação entre direito ambiental e direito à vida, tende a atribuir um caráter absoluto ao direito do meio ambiente não comportado pela teoria dos princípios e contrário ao caráter dual típico do exame de proporcionalidade.

No caso trazido à baila, avançar na proteção ambiental significa retroceder no direito de propriedade. Na verdade, a vedação de retrocesso aplicada ao meio ambiente ofusca o fato de que do outro lado do conflito há importantes direitos fundamentais que também devem ser preservados. Na aplicação da vedação do retrocesso ambiental, não se pode admitir — como ocorre na esfera social — um exame de proporcionalidade com comparações unilaterais, considerando apenas um dos direitos em questão (no caso, o meio ambiente). Há um outro lado — seja o direito de propriedade, a livre iniciativa ou desenvolvimento econômico —, que não pode ser ignorado.

Está além dos objetivos deste trabalho discutir o mérito constitucional, em termos doutrinários, da aplicação da ideia de “vedação de retrocesso” aos direitos fundamentais em geral, no campo ambiental inclusive. Entretanto, no cenário descrito acima, e partindo-se do princípio que a vedação do retrocesso ambiental é mesmo necessária e útil ao direito do meio ambiente, é preciso pensar como operacionaliza-la. Neste trabalho, com a análise de custo-benefício, procurei propor uma opção que parece capaz de levar todos os direitos fundamentais em consideração.

Com efeito, se, no exemplo acima citado, restar comprovado que o novo Código Florestal promove menos a proteção ao meio ambiente, porém promove mais o direito de propriedade e esta diferença é positiva e maior do que a diferença encontrada na antiga legislação florestal, então a nova medida é eficiente e, portanto, não representa uma hipótese configuradora de retrocesso. Para entender melhor:  $M_1$  (antigo Código Florestal) promove  $P_1$  (meio ambiente) em +4 e  $P_2$  (direito de propriedade) em —3, sendo o benefício líquido de +1.  $M_2$  (novo Código Florestal) promove  $P_1$  em +3 e  $P_2$  em —1, sendo o benefício líquido de +2. Ou seja, o resultado líquido de  $M_1$  é +1 e o de  $M_2$  é +2, sendo esta última medida, portanto, mas eficiente nos termos de Kaldor-Hicks<sup>93</sup>.

93 Agradeço ao professor Fernando Leal por esclarecimentos com relação a esse ponto e pela organização do exemplo.

Nesta análise hipotética, a ACB seria capaz de trazer todos os direitos fundamentais para o exame de proporcionalidade, demonstrando que  $M_2$ , mesmo promovendo menos o meio ambiente, é mais eficiente que  $M_1$ .

Conclui-se do acima exposto que a vedação do retrocesso ambiental vai exigir que a necessidade — fase do exame de proporcionalidade na qual todas as medidas são comparadas e deve ser escolhida aquela que restringe menos os princípios em colisão — ande sempre ao lado do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks. Nessa esteira, será possível afirmar que não se estará violando a vedação do retrocesso ambiental, mesmo quando da redução de um patamar de proteção do meio ambiente, em situações nas quais se estiver diante de medida mais eficiente nos termos do critério Kaldor-Hicks.

Vale mencionar que este trabalho não pretende esgotar a discussão em torno da vedação do retrocesso ambiental. No entanto, a partir do momento em que se aceita ser legítimo trazer um ônus adicional à atuação do legislador, torna-se necessário utilizar a ACB para afastar por completo qualquer que seja o retrocesso.

Apesar de não ser o escopo deste estudo, não se pode deixar de dizer que a vedação do retrocesso foi pensada e uma situação na qual não há conflito entre direitos fundamentais, como é o caso do típico exemplo, já citado, da revogação de uma lei que prevê a distribuição de determinado medicamento à população, sob o argumento de falta de recursos financeiros para a manutenção dessa distribuição. Uma vez que os conflitos entre direito ambiental e outros direitos fundamentais são muito frequentes e latentes, é necessário pensar se faz sentido ter o aludido instituto na esfera do meio ambiente.

## CONCLUSÕES

Este trabalho procurou sustentar algumas teses. Em primeiro lugar, entendeu-se que a ideia de vedação do retrocesso, quando aplicada ao direito ambiental, apresenta algumas dificuldades não encontradas no âmbito dos direitos sociais. Com efeito, na esfera do meio ambiente há um constante conflito existente entre diversos direitos fundamentais, todos abarcados pela obrigação de não retroceder. Diante desse cenário, surgem alguns questionamentos: falar em “retrocesso” é falar em qual retrocesso? Quais são os indicadores capazes de medir o que é retrocesso? Como deve se dar sua operacionalização?

Em segundo lugar, a partir de uma reconstrução da doutrina e da jurisprudência, constatou-se que os juristas e os tribunais tendem a não enxergar essas questões. A preocupação é direcionada, apenas, ao retrocesso no meio

ambiente, sem perceber a possibilidade de restrições recíprocas quando do conflito entre direitos fundamentais. O resultado é a prevalência, quase que absoluta, do direito ambiental sobre outros direitos fundamentais, qualquer que seja o caso. Uma possível justificativa para isso seria a ligação intrínseca entre o meio ambiente e o direito à vida encontrada no nosso ordenamento jurídico. Ocorre que privilegiar o direito ambiental em detrimento de outros direitos parece não ser compatível com o quadro teórico no qual se inserem os princípios. É necessário, portanto, pensar em uma operacionalização da vedação do retrocesso ambiental que tente absorver todos os direitos e princípios em colisão.

Em terceiro lugar, buscou-se, diante deste cenário, um instrumental capaz de minimizar os problemas específicos da vedação de retrocesso ambiental. Trata-se da análise de custo-benefício, importada da análise econômica do direito. A partir de um exame empírico, essa ferramenta irá avaliar se uma política pública ou um marco regulatório podem ser considerados eficientes, nos termos da eficiência de Kaldor-Hicks — i.e., avaliar-se-á se os benefícios líquidos da nova medida são maiores que o da antiga. Assim, é possível considerar todos os interesses em jogo. Se a nova medida for considerada mais eficiente que a medida anterior, mesmo que haja a restrição de um determinado direito, não incorrerá em retrocesso; caso contrário, violará a obrigação de não retroceder. Assim, a implementação de um critério padrão é capaz de agregar, ao processo de escolhas regulatórias, mais neutralidade e objetividade.

É certo que o instrumental aqui proposto não está imune a críticas. Entretanto, espera-se contribuir para uma operacionalização mais racional da vedação do retrocesso em matéria de meio ambiente. Em verdade, a incorporação da análise de custo-benefício na tutela ambiental, ao mesmo tempo em que lança novas luzes sobre conflitos antigos, traz consigo a inevitável pergunta: ainda é útil falar em vedação do retrocesso ambiental?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*. New York: New Press, 2003.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 8, jan./jun. 2011, pp. 6-50.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 11, set./out./nov. 2007. ISSN 1981-1888.

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito fundamental ao ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira*. In: Revista dos Tribunais, 99º ano, vol. 901, nov. 2010, pp. 29-64.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

\_\_\_\_\_. *A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. In: Revista de Direito do Estado, v. 3, p. 287, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 55-72. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21.04.2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 93.607-5/4. Rel. Des. Oliveira Santos, 6ª Câmara de Direito Público, julgado em 15.06.1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 302.906/SP. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.08.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.11.2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 876.931/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.08.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 588.022/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17.02.2004.

CASSUTO, David N.; SAMPAIO, R. S. R.. *Hard, Soft & Uncertain: The Guarani Aquifer and the Challenges of Transboundary Groundwater*. In: Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, v. 24, 2013, p. 1-41.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FIORILLO, Celso. *O denominado “princípio da vedação do retrocesso, suas atuais referências no Supremo Tribunal Federal e eventuais aplicações no Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito Ambiental, v. 8, nº 30, abr./jun. 2012, pp. 37-43.

LEAL, Fernando. *Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Bahia: nº 15, ago./set./out. 2008. ISSN 1981-1861. Disponível

em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>. Último acesso em 12.05.2013.

MATTHEW J. KOTCHEN. *Cost-Benefit Analysis*. Disponível em: <http://environment.yale.edu/kotchen/pubs/CBAchap.pdf>. Último acesso em 31 maio 2013.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Direitos Fundamentais — Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pp. 205-236.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão nº 39/84. Rel. Ministro Vital Moreira. Julgado em 11.04.1984.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6<sup>th</sup> Edition. New York: 2003.

PRIEUR, Michel. *De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de "non régression" en droit de l'environnement*. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/romjoenl2010&div=23&id=&page=>.

\_\_\_\_\_. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In Senado Federal. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília, 2011, pp. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/242559/1/000940398.pdf>. Último acesso em 21 abril 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SAMUELSON, Paul A. *Economia*. Porto Alegre: AMGH Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17, 1999, pp. 111-132.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

SUNSTEIN, Cass R. *Cost-Benefit Analysis and the Environment*. In: Ethics, vol. 115, No. 2 (January 2005), The University of Chicago Press, pp. 351-385. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/426308>. Último acesso em 17 maio 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, 2003, pp. 607-630.

# Sanções administrativas na telefonia móvel: um olhar analítico sobre as tentativas estatais de proteger o consumidor

ANA PAULA MARANGONI PALHANO

EDUARDO JOSÉ SIQUEIRA MAGALHÃES FILHO

GABRIEL MONTEIRO DIAS MACIEL

GIULIA MACHADO COSTA MARINHO CONTENTE

MARCELLA MARTINS SARDENBERG

RICARDO CARRION BARBOSA ALVES

“É preciso acabar com a estratégia das empresas de lesar no atacado e indenizar no varejo.”<sup>1</sup>

Flávio Citro<sup>2</sup>

## Introdução

Milhares de reclamações. Multas que chegam à casa dos milhões.<sup>3</sup> Estabelecimentos do governo precários.<sup>4</sup> Esse cenário caótico é o resultado das ações do Estado para proteger o consumidor, corroborando mais para seu estresse do que para a concretização de seus direitos, especialmente no que tange ao âmbito das telecomunicações — foco do presente estudo. Essa constatação pode ser exemplificada a partir do ranking das 30 empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis (JECs) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que nos últimos 12 meses, **todos** os principais nomes do ramo da telefonia móvel estão

---

1 Disponível em: <http://www.flaviocitro.com.br/v1/index.php/2011/11/21/6451/>. Última visualização em 02 novembro 2012 às 15:00.

2 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

3 Conforme analisado em relatório do TCU, que estipulou o número de multas, seu montante aplicado, e o valor arrecadado. Ele será mais bem abordado posteriormente no trabalho. Relatório disponível em: [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2011/fichas/3\\_2\\_Ar recadacaoMultas.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2011/fichas/3_2_Ar%20recadacaoMultas.pdf). Última visualização: 06 novembro 2012 às 21:28.

4 Por exemplo, as instalações do PROCON visitadas pela equipe ao longo da pesquisa, que não possuíam uma infraestrutura adequada para um local de trabalho (não possuíam ar condicionado, água potável, etc, vide fotos no ANEXO A).



presentes.<sup>5</sup> Nesse contexto se insere a epígrafe, pois estas estratégias do governo para melhoria do sistema podem não estar provocando efeitos suficientes.<sup>6</sup>

Tal panorama se desenvolve no bojo de um **ciclo vicioso**, do qual o consumidor não consegue escapar. Ocorrido algum problema no serviço telefônico,<sup>7</sup> o consumidor na grande maioria das vezes procura primeiro a própria empresa por meio dos SAC (Serviços de Atendimento ao Cliente).<sup>8</sup> Geralmente o problema não é sanado, e ele tem a opção de recorrer a soluções no âmbito administrativo, mais especificamente, ao PROCON e/ou à ANATEL. No entanto, como iremos posteriormente demonstrar, dificilmente as ações de tais órgãos fazem com que as empresas arquem com o dano causado, como consequência, o consumidor acaba ou desistindo da reclamação, ou entrando na esfera judiciária.<sup>9</sup> Esta, por sua vez, devido à vultosa gama de ações do gênero, não responde com a celeridade exigida por problemas desta sorte. Tendo isso em vista, a demanda continua não resolvida, e o consumidor lesado.

Entretanto, a lei prevê formas de coibir essa lesão sistemática ao consumidor. A partir de uma análise inicial do tema, pudemos identificar duas medidas com potencial para quebrar o ciclo. Uma delas é a aplicação de multas, que pôde ser analisada por meio de um relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) referente às sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras entre os anos de 2008 e 2011. A outra maneira é a suspensão das vendas,<sup>10</sup> como ocorrido em julho deste ano.<sup>11</sup> Como visto pelo grupo, e apresentado na discussão de

---

5 Empresas de telefonia celular: Claro (5º lugar); Oi/telefonia celular (10º lugar); Vivo (12º lugar); Tim (18º lugar). Disponível em: <http://oglobo.globo.com/infograficos/defesa-do-consumidor/ranking-mais-reclamadas/>. Última visualização em 02 novembro 2012 às 17:07.

6 Em outras palavras, o Estado não cria incentivos em quantidade necessária para que o custo das indenizações realizadas em cada caso pelas empresas seja suficiente para suprir seus ganhos realizados por lesar a coletividade.

7 Exemplos de demanda por serviço telefônico: falta de sinal, cobrança indevida, corte de ligação, entre outros.

8 Segundo dados do SINDEC, 90% das pessoas que procuram o PROCON, recorreram primeiramente às empresas. Fonte: WADA e OLIVEIRA, *Direito do Consumidor: Os 22 anos de vigência do CDC*, editora Elsevier, 2012.

9 Dois motivos indicam o porquê de o Judiciário dever ser a última arma do sistema criado pelo Estado para combater lesões deste tipo, seja quando o consumidor não é atendido, seja quando a empresa recorre à decisão. Primeiro, pois a esfera já é abarrotada pelo cumprimento das respostas a processos civis e penais. Segundo, porque detém processo mais custoso (segundo o próprio juiz Flávio Citro, a prestação de serviços pelo Judiciário “[...] é gratuito para a população, mas custa ao Estado cerca de mil reais por ação”). Disponível em <http://www.flaviocitro.com.br/v1/index.php/2011/03/13/5272/> última visualização em 11/11/12 às 13:08.

10 Pode-se dizer que esta é uma sanção que afeta diretamente as empresas, na medida em que ela impede a obtenção de lucro, ou seja, é uma medida muito mais radical do que a aplicação de multas.

11 “A partir de segunda-feira [23/07/12], Claro, Oi e TIM estarão proibidas de vender novas linhas de celulares em todo país e de receber clientes que vêm de outras operadoras (a chamada portabilidade), sob pena de pagar uma multa diária de R\$ 200 mil. A suspensão foi motivada por reclamações de clientes

dados, a primeira fonte demonstrou mecanismos sancionatórios inefcazes, pois apesar do volume aplicado ser bilionário segundo dados do relatório do TCU, nem 5% das multas aplicadas pela ANATEL foram efetivamente cumpridas. Já com relação à suspensão das vendas, pode-se imaginar eficácia na medida em que provocaria redução na arrecadação das empresas de telefonia. Apesar de tais medidas terem sido efetivamente tomadas, cabe analisar se existem outras, e ainda, até que ponto elas provocam efeitos da maneira como desejado. A melhor forma de fazer isso é ir a campo e analisar se as sanções administrativas são realmente um caminho eficaz para melhorar o serviço destas empresas, o que teria como efeito esperado a redução do número de reclamações.

Porém, antes de nos debruçarmos sobre a pesquisa em si, faz-se necessário tecer alguns comentários pontuando conceitos e premissas adotados pelo grupo para a melhor compreensão do tema, com base em nosso problema de pesquisa.

Primeiramente, é pertinente definir o sentido de eficácia que será levado em consideração, tendo em vista os múltiplos significados do termo. Aqui, o sentido adotado é de qual o grau de correspondência entre um estado de coisas desejado, e um efetivamente obtido. Ou seja, ao aplicar uma sanção, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) ou o PROCON esperam que ela seja efetivamente cumprida, mas, devido a diversos fatores,<sup>12</sup> isso pode não ocorrer. Esse fato, quando analisado, não no caso concreto, mas do ponto de vista coletivo (das relações de massa), pode evidenciar o quanto tal instrumento sancionatório está servindo para o seu propósito. Neste ponto, espera-se que o efeito das medidas sirva tanto como um incentivo para a melhoria do serviço, quanto à efetiva resolução dos problemas dos clientes. Isso pode ser observado na medida em que após a aplicação e o cumprimento das sanções, o número de reclamações (tomado neste caso como *proxy* da melhoria de qualidade do serviço prestado) diminuiu.

Ainda, outro ponto a ser ressaltado é o de tutela coletiva e a relação com o direito do consumidor. Danos como a falta de sinal, a cobrança indevida e o corte de ligação, quando ocorridos em massa pelas empresas de telefonia, ultrapassam relação empresa-indivíduo, e passam a tratar da relação empresa-comunidade, afetando os direitos coletivos,<sup>13</sup> ou transindividuais. Teori Za-

---

registradas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) entre janeiro de 2011 e junho deste ano." Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/economia/anatel-proibe-venda-de-chips-de-oi-tim-claro-5517923.html>. Última visualização em 02/11/12 às 16:25.

12 Diversos fatores podem influir no cumprimento de uma sanção, tais como: o valor da sanção ser muito alto; não haver coerção, o que desmotiva o devedor a pagar; o indivíduo pode não saber dessa sanção; o indivíduo não quer cumprir a sanção.

13 RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo, Revista de Direito do Consumidor, nº 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

vascki afirma que os interesses sociais são “interesses não apenas de pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como um ente coletivo”.<sup>14</sup> Assim, a prática reiterada da lesão ao serviço de telefonia celular ocasiona um dano à qualidade de vida e se insere na roupagem jurídica da tutela coletiva. Isso que impõe ao Estado o dever de agir sobre o tema, impedindo que surja na população uma sensação de ausência de proteção pelo Estado de seus interesses, e, sobretudo, defendendo a garantia de seu bem estar.

Feitas estas importantes considerações, passemos agora à pesquisa em si. Ela está estruturada da seguinte maneira: na Seção I intitulada Aspectos Teórico-Normativos, abordamos o aspecto normativo pertinente ao objeto de trabalho, as medidas sancionatórias; na Seção II tratamos da Metodologia utilizada pelo grupo para coletar as informações necessárias; já no terceiro tópico, Discussão dos Dados, fazemos uma análise crítica do material obtido; na última parte do trabalho, Conclusões, tratamos das impressões do grupo sobre tudo o que foi apresentado e elencamos algumas hipóteses explicativas para o cenário com o qual nos deparamos.

### 1. Aspectos Teórico-normativos

No âmbito administrativo, no setor de telecomunicações, os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e a ANATEL têm competência sancionatória. Essa atribuição é fundamental no sentido de criar incentivos para o respeito aos direitos do consumidor. Assim, cabe um exame mais detalhado da atuação desses atores na aplicação de sanções.

O SNDC está previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu art. 105.<sup>15</sup> Segundo a lei, ele é composto por um órgão federal coordenador e por órgãos estaduais e municipais. Nessas duas últimas esferas administrativas, o nome que se dá a esse braço do SNDC é PROCON.<sup>16</sup> A defesa administrativa do consumidor, incluindo-se o PROCON, é regulamentada pelo Decreto 2.181/97, que prevê a competência sancionatória deste último órgão em seu art. 4º, *caput*, c/c art. 3º, X.

14 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 3. ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

15 “Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.”; CDC.

16 A sigla PROCON foi convencionada pela Resolução I de 06.04.1998 da Comissão Permanente de Defesa do Consumidor. Foi reservada pelo dispositivo normativo aos órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor.

Já a ANATEL, criada pela Lei 9.472/97, a Lei das Telecomunicações, e regulamentada pelo Decreto 2.338/97, é uma autarquia especial cuja função primordial é regular o mercado de telecomunicações, do qual fazem parte as empresas de telefonia móvel. No entanto, no desempenho de suas funções, é dever desta autarquia aplicar sanções visando à defesa do consumidor, nos termos do art. 16, XIX do decreto e ainda pelo art. 19, XVIII da Lei 9. 472/97.

### 1.1. Sanções administrativas

Entender esse sistema de repressão às infrações aos direitos do consumidor por meio de sanções, bem como descobrir em que medida elas são eficazes exige o conhecimento acerca de seus conceitos. Segundo Fábio Medina Osório, a sanção administrativa consiste em um castigo que produz efeitos na atualidade e molda comportamentos futuros, aplicado pela Administração Pública a um administrado como consequência de uma conduta proibida por norma de direito administrativo.<sup>17</sup> Alguns ilícitos administrativos estão previstos nos arts. 12, 13 e 14 do Decreto 2.181/97. Contudo, o art. 18 do decreto abre o leque de ilícitos ao estabelecer que qualquer violação à norma consumerista será ilícito de cunho administrativo. Assim, ainda que a norma de consumo não decorra de lei, mas de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, ou mesmo de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes,<sup>18</sup> o seu descumprimento caracterizará uma infração administrativa.

#### 1.1.1. Sanções administrativas — PROCON

As sanções administrativas aplicáveis pelo PROCON estão elencadas no art. 18, incisos I a XII do Decreto 2.181/97. Vale ressaltar que essas medidas correspondem às que estão previstas no art. 56, incisos de I a XII do CDC.<sup>19</sup> De acordo com a sistematização de Zelmo Denari,<sup>20</sup> as medidas sancionatórias do Decreto podem ser divididas em três tipos.

17 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 104.

18 Nos termos do art. 7º do CDC: Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

19 Para mais detalhes sobre cada uma dessas sanções, observar: ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189-193.

20 DENARI, Zelmo. *Das sanções administrativas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p 56.

O primeiro tipo é o da sanção pecuniária, que engloba uma única medida, a multa, estabelecida no art. 18, I. Em razão da infração administrativa, é imposta uma obrigação pecuniária ao fornecedor, que será fixada levando em consideração a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.<sup>21</sup> O segundo tipo é o das sanções objetivas, que estão previstas nos incisos II a VI do art. 18.<sup>22</sup> Um exemplo dessas medidas é a proibição de fabricação do produto que tem como principal finalidade resguardar a segurança do consumidor. O CDC estabeleceu um novo critério para a inserção dos produtos e serviços no mercado de consumo. Não basta que eles sejam adequados ao fim a que se destinam. Devem, ainda, ser seguros. Em outras palavras, os produtos e serviços não podem colocar em risco a integridade física do consumidor. Nesse sentido, sempre que verificada a inadequação ou a insegurança do produto ou serviço, poderá ser aplicada tal medida. O terceiro tipo é o das sanções subjetivas, como, por exemplo, a suspensão temporária de atividade. Estas estão previstas nos incisos VII a XII do art. 18.<sup>23</sup> Com exceção da revogação da concessão ou permissão e da contrapropaganda (esta última aplicável apenas no caso de publicidade enganosa ou abusiva), todas as demais sanções subjetivas só podem ser aplicadas quando caracterizada a reincidência na prática das infrações de maior gravidade.<sup>24</sup>

É importante destacar que, segundo o § 3º do art. 18, as sanções previstas nos incisos III a XI podem ser aplicadas pelo PROCON, mas estão sujeitas à confirmação do órgão regulador, caso exista. Assim, no âmbito das telecomunicações, essas medidas sancionatórias só ficam aptas a produzirem efeitos com a anuência da ANATEL.

### ***1.1.2. Sanções administrativas — ANATEL***

As sanções administrativas aplicáveis pela ANATEL estão elencadas em dois diplomas legais, a Lei de Telecomunicações e o Decreto 2.338/97, que regulamenta a Agência.

Os incisos do art. 173 da Lei 9.472/97 relacionam as cinco sanções que a Agência pode aplicar: advertência, multa, suspensão temporária, caducidade

21 Art. 57 do CDC.

22 “II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;”

23 “VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda.”

24 Arts. 59 e 60 do CDC.

e declaração de inidoneidade. No entanto, o Decreto 2.338/97, em seu art. 19, parágrafo único, estabelece que a competência sancionatória da ANATEL no seu âmbito de atuação prevalece sobre a de quaisquer outros órgãos, sendo que a Agência detém a exclusividade para a aplicação das sanções previstas nos incisos VI, VII, IX, X e XI do art. 56 do CDC.

Note-se que o *caput* do referido art. 19 contém uma determinação relevante: “A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, (...) visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações (...).”<sup>25</sup> Esse trecho deixa claro que a ANATEL, apesar de ter como atividade principal a regulação, também atua na proteção do consumidor, tendo como um instrumento para isso a aplicação das sanções, elencadas nesta seção.

## 1.2. Processo administrativo

A aplicação de sanções deve ocorrer mediante processo administrativo, já que, de acordo com o art. 5º, LIV, da Constituição da República, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse processo, deve haver a chance de os litigantes administrativos se defenderem, segundo determinação do art. 5º, LV, o qual garante o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes.<sup>26</sup> Assim, a observância das garantias constitucionais é requisito de validade para a aplicação da sanção. Consequentemente, a inobservância acarretará a nulidade do processo e, por conseguinte, da sanção adotada pelo órgão público.

O Decreto 2.181/97 dedica vinte e dois de seus artigos à normatização do processo administrativo.<sup>27</sup> Conforme ensina João Batista de Almeida, o processo pode ter início de duas formas: ato por escrito de autoridade competente ou lavratura de auto de infração.<sup>28</sup>

Instaurado o processo, o acusado deve ser notificado e terá 10 dias para apresentar a sua defesa. Após instrução, será proferida a decisão, a qual, sendo

25 “Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997.”

26 “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” CR.

27 Do art. 33 ao art. 54.

28 ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 204

condenatória, deve conter a natureza da sanção e a gradação da pena. O acusado poderá, então, em um prazo também de 10 dias, interpor recurso junto ao superior hierárquico do aplicador da sanção, que emitirá decisão da qual não mais se poderá recorrer, já que no nosso ordenamento jurídico só existem duas instâncias administrativas. Isso não impede, no entanto, que haja revisão judicial.

Uma vez que o processo administrativo observou todas as garantias dos interessados e o devido processo legal, constatada a irregularidade, a administração pública aplicará a sanção.

## 2. Metodologia

Conforme descrito na introdução, a pesquisa foi motivada pela ação da ANATEL, que em julho de 2012,<sup>29</sup> suspendeu a venda de chips das empresas de telefonia móvel em diversos estados brasileiros, com a justificativa de haver um grande volume de reclamações repetitivas dos consumidores. Nosso objetivo era averiguar se esse tipo de sanção possuía eficácia, isto é, se contribuía para reduzir o número de reclamações. Contudo, devido ao caso ser recente, não teríamos dados suficientes para verificar essa eficácia, pois não haveria tempo para comparar o volume de reclamações antes e depois dessa sanção.

Assim, nosso objetivo de pesquisa passou a analisar as sanções que a ANATEL e o PROCON adotaram contra empresas de telecomunicações no Rio de Janeiro em 2010 e verificar se essas sanções foram ou não eficazes, no sentido de terem sido cumpridas (ou seja, não terem sido suspensas pelo Judiciário nem ignoradas pela empresa sancionada, no caso de multas), e terem contribuído para diminuir a ocorrência de reclamações (o que seria feito comparando o volume de reclamações contra as empresas sancionadas antes e depois da sanção). Nossa hipótese se desenhou em torno de dois tipos de sanção — multa e suspensão de vendas —, sendo que os sentidos da hipótese já foram explicitados na introdução.

Desenvolvemos uma metodologia, a fim de verificar a hipótese de eficácia ou não eficácia dos mecanismos. A metodologia pode ser elencada em quatro etapas: (i) nos informar sobre quais mecanismos sancionatórios poderiam ser aplicados pelos dois órgãos; (ii) buscar quais e quantas sanções foram aplicadas no recorte temporal de 2010; (iii) buscar o número de recursos no Judiciário

---

29 MARTELLO, Alexandro. *Anatel anuncia suspensão de venda de chips da Oi, Claro e TIM*. In: site do G1, Brasília: Tecnologia e Games, julho, 2012. Disponível em <http://economia.ig.com.br/empresas/infraestrutura/2012-07-18/anatel-anunciara-punicao-distinta-para-tim-oi-claro-e-vivo.html> - acesso em 11/11/12.

formulado pelas empresas contra as sanções aplicadas; (iv) buscar o número de reclamações feitas pelos consumidores contra essas empresas em 2010 e 2011.

Inicialmente nos informamos, por meio do decreto 2.338/1997, sobre quais formas de sanções poderiam ser aplicadas pela ANATEL. Posteriormente, procuramos informações no site da instituição, fizemos contato telefônico<sup>30</sup> e via fax<sup>31</sup> com o escritório regional do Estado do Rio de Janeiro para que nos fosse informado os tipos e a quantidade das sanções aplicadas em 2010. Foi-nos dito que a autarquia não possuía dados especificamente sobre cada região, mas dados agregados nacionalmente, e que poderíamos solicitar as informações, porém haveria uma grande dificuldade de serem fornecidas.

Os mesmos procedimentos foram tomados com o PROCON-RJ. Nos informamos na legislação sobre quais formas de sanções poderiam ser aplicadas. Procuramos informações no site do PROCON-RJ e também no site do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC). Fizemos contato via telefone e fomos orientados para que a solicitação dos dados fosse realizada por e-mail. Obtivemos grande colaboração por parte da autarquia, porém os dados enviados não eram suficientemente consolidados, não conseguindo haver acesso a eles de forma desagregada, ou seja, saber quais sanções e contra quais empresas foram aplicadas no ano de 2010.

Devido às inúmeras tentativas frustradas na conquista de dados, fomos obrigados a redesenhar a nossa metodologia, e então adotamos a forma de entrevistas via de roteiro estruturado a serem aplicados aos dois órgãos. Tendo em vista a ANATEL ser um órgão nacional com sede em Brasília, enviamos o questionário por e-mail ao departamento responsável (ouvidoria). No entanto, até a entrega deste trabalho, não conseguimos resposta.

O PROCON, por sua vez, via diretoria jurídica, nos recebeu em sua repartição duas vezes para realizarmos entrevistas. A primeira foi feita com dois advogados da instituição, e a segunda com o diretor jurídico do PROCON-RJ.

Para contornar a falta de dados no caso da ANATEL, baseamo-nos somente em dados publicados pelo TCU, nos relatórios de 2011 e 2012 sobre as multas aplicadas por agências reguladoras, dentre elas, a ANATEL. Utilizamos ainda os relatórios da ouvidoria para verificar o volume de reclamações, entretanto, as informações não estão disponíveis por estados, mas para a totalidade do país.

30 Número telefônico conseguido no site da instituição: 21-2105-1850 ([http://www.anatel.gov.br/hotsites/Anatel\\_nos\\_Estados/enderecos\\_da\\_anatel\\_inter.htm](http://www.anatel.gov.br/hotsites/Anatel_nos_Estados/enderecos_da_anatel_inter.htm))

31 Número do fax: 21-2105-1852; o fax foi enviado dia 03 de setembro de 2012, e posteriormente fizemos mais dois envios, pois eles afirmaram que o aparelho deles estava ruim e por isso o documento saía ilegível.



Com o PROCON, além das entrevistas, recorremos aos dados sobre o volume de reclamações fundamentadas publicados no site da instituição, e ao relatório do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ), pelo qual conseguimos o valor total de sua dívida ativa. Contudo, os dados não se referem às empresas de telecomunicações especificamente, mas à dívida ativa com todos os seus componentes.

O projeto que nasceu como uma tentativa de analisar eficácia de sanções segue agora como um diagnóstico da falta de transparência na produção e informação de dados, e se constitui numa denúncia: como saber se as instituições têm cumprido sua missão na defesa do consumidor e sua missão fiscalizatória se não é possível saber precisamente quais ações vêm tomando? E como saber se essas ações são ou não eficazes — e mais ainda, por que são ou não eficazes, se não existem dados públicos consolidados? É necessário informações para verificar se as políticas de redução de conflitos e reclamações funcionam. Entretanto, sem os dados consolidados, a análise de eficácia é impossibilitada. Vale ressaltar que nos valem da Lei 12.527/11, Lei de Acesso à Informação, e do Decreto Estadual 43.597/2012, que regulamenta a referida lei no Estado do Rio de Janeiro, para registrar a solicitação destas informações. Os pedidos foram registrados nos dias 31 de outubro de 2012 junto à ANATEL e 5 de novembro de 2012 junto ao TCE (vide ANEXOS B e C). Conforme os requerimentos, as instituições têm até 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias para nos dar uma resposta.

### 3. Discussão de dados

#### 3.1. PROCON-RJ

A dificuldade de encontrar dados específicos sobre sanções administrativas aplicadas pelo PROCON-RJ nos obrigou a adaptar nossa técnica de coleta de dados e partimos para a realização de entrevistas.<sup>32</sup> A advogada do PROCON-RJ afirmou que, desde 2008, nunca viu outra sanção ser utilizada que não fosse a multa, uma sanção pecuniária, como já se apresentou. Assim, quanto à vertente “PROCON-RJ” de nossa pesquisa, o que imaginávamos que seria uma busca por informações sobre as mais variadas sanções, objetivas, subjetivas e pecuniárias, tornou-se um estudo sobre uma única: a multa.

---

32 Perguntas e respostas em anexo.

Apresentamos a seguir a descrição das percepções dos funcionários do PROCON-RJ entrevistados sobre a eficácia das multas, que envolveram explicações sobre o processo administrativo que resulta na sua aplicação (vide íntegra das entrevistas nos ANEXO D e E).

### *3.1.1. Entrevistas: Percepções de funcionários do PROCON-RJ*

O processo de aplicação da multa começa com a demanda do consumidor contra o fornecedor junto ao PROCON. O reclamado é notificado para que apresente resposta no prazo determinado. Não ocorrendo a solução da controvérsia nesse momento inicial, é registrada a reclamação no cadastro das reclamações fundamentadas.<sup>33</sup>

Após o registro da reclamação no cadastro especificado, marca-se uma audiência, em que consumidor e fornecedor defenderão suas posições quanto à controvérsia apresentada. Caso haja acordo entre as partes, a reclamação fundamentada é declarada atendida. Caso contrário, é chamada de não atendida.

As reclamações fundamentadas, ao serem declaradas não atendidas, recebem um número de processo administrativo e são levadas ao cartório, que aguarda os argumentos de defesa. Em seguida, o processo é levado para a primeira instância administrativa, que, após parecer do corpo jurídico, emite uma decisão. Essa decisão pode ser pelo cabimento da sanção, que é fixada imediatamente, ou pelo não cabimento, que, neste segundo caso, leva ao arquivamento do processo. Segundo a advogada, sendo aplicada a multa, o fornecedor é notificado para que a pague — ou para que possa recorrer.<sup>34</sup>

Se o fornecedor recorrer da decisão administrativa de primeira instância, o processo vai à instância superior, que analisa o caso e decide dando provimento ou não ao recurso. Caso não seja dado provimento, o fornecedor é novamente notificado para que pague a multa, sob pena de inscrição na dívida ativa. Se o fornecedor continua a discordar da multa caberá apenas o recurso à via judicial. Mas caso o fornecedor não pague a multa nem recorra ao Judiciário, o PROCON envia o débito para a Procuradoria Geral do Estado (PGE), que o

33 De acordo com o relatório do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas de 2011, do SINDEC, somente 15,3% dos atendimentos nos PROCONs integrantes do cadastro se transformam de fato em reclamações fundamentadas. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sindec/main.asp?ViewID={5E563276-03A5-4ED9-9750-F3BB71A31277}&params=itemID={FA6ADE21-3CB3-4FF6-A3F5-85B546937838}&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}>. Acesso em 11 novembro de 2012.

34 A advogada do PROCON-RJ utilizou os termos “cartório”, “juiz de primeira instância” e “juiz de segunda instância” para se referir a elementos que pertencem ao próprio PROCON-RJ, e não à esfera judicial.

inscreve na dívida ativa do estado. Se ainda assim não houver o pagamento, o fornecedor fica sujeito à execução fiscal.

Em qualquer das etapas do processo administrativo, uma vez resolvido o problema do consumidor individual, o PROCON arquiva o caso. Segundo o diretor jurídico, a possibilidade de arquivamento serve como estímulo para que as empresas realizem acordos.

Caso o fornecedor, após a decisão administrativa de segunda instância, recorra ao Judiciário, ao final do processo judicial, pode ocorrer a confirmação total ou parcial da multa ou o seu cancelamento. De acordo com o diretor jurídico do PROCON, é comum que a sanção não seja mantida nos valores determinados pela instância administrativa ou mesmo que haja anulação da sanção.

Um dos motivos para o afastamento das sanções pela esfera judicial são vícios no trâmite do processo administrativo que podem levar à sua nulidade. No entanto, nosso entrevistado acrescentou que na sua percepção não há a deferência do Judiciário com relação à decisão do órgão administrativo, mesmo que este esteja em sua atividade típica e que tenha critérios rígidos para aplicação de sanções.

O diretor jurídico do PROCON-RJ diz que a legislação<sup>35</sup> impõe a multa em critérios de quantificação rígidos, seguidos pelo PROCON. O Judiciário “não tem a percepção” disso.<sup>36</sup> Nos recursos judiciais, as empresas alegam irrazoabilidade da multa e há reduções de até 60% da sanção pecuniária, de acordo com o convencimento do magistrado.

Segundo o diretor jurídico do PROCON, enquanto for matematicamente vantajoso para os fornecedores lesar o consumidor, aqueles continuarão praticando infrações. Como no Judiciário são altas as chances de redução ou anulação da multa, nas palavras do diretor, “o ilícito ainda está compensando”.<sup>37</sup>

Perguntado sobre a existência de algum convênio ou parceria com a ANATEL, o diretor respondeu que não existe nenhum.

### ***3.1.2. Análise da eficácia das sanções administrativas***

Passamos a discutir três tópicos apresentados na entrevista que são relevantes para a análise da eficácia das multas. Eles são três variáveis utilizadas para a mensuração dessa eficácia, quais sejam: variação do número de reclamações fundamentadas, recursos ao Judiciário e inscrições na dívida ativa do estado.

35 Lei Estadual do Rio de Janeiro 3.906/2002.

36 Palavras do diretor jurídico do PROCON-RJ, em entrevista realizada em 31/10/2012.

37 Palavras do diretor jurídico do PROCON-RJ em 31/10/2012.

### 3.1.2.1. Reclamações fundamentadas

As multas serão eficazes quando, uma vez pagas, promoverem melhoria nos produtos e na prestação de serviços ao consumidor, o que tem efeito direto no número de reclamações registradas no PROCON.<sup>38</sup> Assim, a variação no número de reclamações de um ano para o outro pode permitir que se faça inferência sobre a eficácia das multas.

O PROCON-RJ disponibilizou por e-mail, no dia 11 de outubro de 2012, a pedido do grupo, uma tabela de reclamações fundamentadas, que continha, segundo informado, todas as reclamações dos anos de 2010 e 2011. O número total foi de 3.631 reclamações. No entanto, os dados de 2010 e 2011 estão juntos, não havendo como identificar quais se referem a qual período. Há referência à aplicação de sanção, tendo em vista a existência de uma coluna no documento intitulada “SANÇÃO BASEADA CDC/LEGISLAÇÃO”. No entanto, não é apresentada a sanção que foi aplicada em cada caso. Além disso, esses dados tabelados diferem dos que são apresentados nos relatórios de reclamações fundamentadas de 2010 e 2011 disponibilizados no site do PROCON-RJ, segundo os quais o número total de reclamações referentes a empresas de telefonia móvel nesses períodos foi igual a 3.437 (vide tabela no ANEXO E). Destaca-se ainda que há um período de tempo que nenhum dos relatórios cobre, de setembro a dezembro de 2010.<sup>39</sup>

### 3.1.2.2. Recursos ao Judiciário

O estudo dos processos administrativos que resultaram em multa e que geraram recursos judiciais é importante na medida em que mostra em quantos casos não houve cumprimento da decisão da esfera administrativa, ou seja, em quantos casos a multa não foi eficaz no âmbito de aplicação. Se o fornecedor recorre ao Poder Judiciário e consegue a revisão ou anulação da sanção, podemos concluir que não há eficácia da medida sancionatória. Ou seja, se o Judiciário não confirma a sanção aplicada, essa eficácia fica fadada a não existir.

O PROCON disponibilizou três diferentes listas<sup>40</sup> com processos judiciais decorrentes de decisão final na esfera administrativa, cada uma com uma quan-

38 Segundo o Relatório de Reclamações Fundamentadas 2011, elaborado pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), Reclamação é o nome que se dá ao processo administrativo, quando não se obtém êxito em tentativas preliminares de solução de conflito.

39 Relatório de 2011 disponível em <http://www.procon.rj.gov.br/ranking.pdf> - acesso em 11/11/12. Relatório de 2010 disponível em [http://www.procon.rj.gov.br/arquivos/rel\\_reclamacao\\_fundamentada\\_setembro%202009%20a%20agosto%202010.pdf](http://www.procon.rj.gov.br/arquivos/rel_reclamacao_fundamentada_setembro%202009%20a%20agosto%202010.pdf) — acesso em 11/11/12.

40 A primeira lista é composta por 24 resumos de processos judiciais, relativos à telefonia móvel, desde 2001 até 2010. Segundo informa o PROCON-RJ, essa lista foi originalmente trazida da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ) e o objetivo era que todos os processos adminis-

tidade de processos diferentes. Ao serem indagados sobre se os dados representavam o total das ocorrências, disseram que tratava-se de uma amostra, mas não foram claros ao informar o critério de sua obtenção. Há pouca sistematização nos dados que nos foram enviados. Assim, não é possível fazer inferências sobre a eficácia das sanções administrativas com base neles.

Não foi informado o total de processos administrativos que resultaram em recursos judiciais. Muito menos a solução de cada um. O que foi enviado foram listas diversas com processos que não são separados por período de tempo nem são situados em algum universo de processos. A única inferência que se pode fazer diante desses dados tão fracamente sistematizados é de que sim, há casos em que as medidas sancionatórias do PROCON não são eficazes. Nada mais se pode inferir.

### **3.1.2.3. Dívida Ativa do Estado**

Se o fornecedor não recorre da decisão administrativa ao Judiciário nem paga a multa, há a inscrição do débito na dívida ativa do estado. Quando isso ocorre, o fornecedor tem mais uma chance de pagar o que deve. No entanto, caso isso não ocorra, pode haver a execução judicial da dívida, ou seja, um pagamento coercitivo.

Mesmo que haja a coerção nessa forma de pagamento, ela não deixa de ser uma maneira de dar eficácia à medida sancionatória aplicada. Dessa forma, os números e valores das inscrições na dívida ativa e das execuções fiscais por ano são indicativos do empenho do PROCON-RJ em efetivar suas decisões, já que, caso não utilize esses instrumentos de cobrança, a dívida prescreverá e não será mais exigível.

---

trativos que geraram recurso judicial estivessem contidos nela. Contudo, os organizadores dos dados não encontraram os processos de 2010 e, em outros dos anos anteriores, o número identificador estava borrado. Não foi informado qual é o universo de onde se originaram esses 24 processos de modo que não pudemos identificar qual é a representatividade dessa amostra no que se refere ao volume de casos. Assim, mesmo havendo nessa lista o resumo da decisão judicial que prevaleceu, não se poderia fazer inferências e afirmações gerais sobre a efetividade das multas.

A segunda lista era composta por cópias de petições iniciais de 9 processos judiciais em que fornecedores do setor de telefonia móvel pediam a anulação e/ou redução do valor da multa aplicada pelo órgão administrativo. Não houve como identificar o número do processo judicial na maioria das petições, o que nos impediu de acompanhar os desdobramentos da petição até onde elas tenham ido. Além disso, mais uma vez, não se pode fazer inferências sobre o nosso objeto de pesquisa pela falta de dados que nos mostrasse a representatividade dos casos que possuíamos.

A terceira lista foi enviada pelo PROCON no dia 31 de outubro de 2012. É composta somente pela numeração de 51 processos judiciais, sem maiores informações.

Para obter os dados sobre a dívida ativa, consultamos os relatórios anuais de 2010 e 2011 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. A dívida ativa do estado se inclui em “outras receitas correntes” e é composta, entre outros elementos, pela arrecadação das multas aplicadas pelo PROCON-RJ. No entanto, o relatório traz apenas o valor total da receita realizada com a dívida ativa, sem especificar os valores referentes a cada um de seus componentes tributários e não-tributários, nem os períodos em que houve as inscrições, o que impede a verificação pretendida.<sup>41</sup>

Solicitamos ao PROCON-RJ dados sobre as multas inscritas na dívida ativa, sendo-nos enviada listagem de 236 processos administrativos contra empresas de telefonia móvel que resultaram em multa levada à PGE. No entanto, a tabela é de pouca utilidade, pois não é dito o valor de cada multa, quais já foram pagas, ou quais geraram processos judiciais de execução fiscal. Além disso, ainda há inúmeras siglas cujo significado não é enunciado.

Sobre as execuções fiscais, não foram encontrados dados. Esse fato é preocupante, pois se a dívida não for executada no prazo que a lei estabelece, pode prescrever e, com isso, não poderá mais ser recolhida.

### 3.1.2.4. Outras Discussões

Outras questões referentes à eficácia das sanções administrativas podem ser suscitadas a partir dos dados obtidos.

Note-se que em suas descrições do processo administrativo, os entrevistados já se referem à sanção aplicada na primeira instância como sendo a multa, a despeito da variedade oferecida pelo CDC. Posteriormente é confirmado expressamente que, desde que começaram a trabalhar no PROCON, nunca viram outra sanção sendo aplicada. Essa constatação revela uma deficiência do SNDC: a ausência de comunicação com os órgãos reguladores, como a ANATEL. Uma vez que as sanções dos incisos III a XI do art. 56 do CDC só podem

41 Relatório do TCE-RJ 2011. Disponível em [http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/contas-de-gestao-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro;jsessionid=E0930584975CF8FB889C921F6060622C?p\\_auth=1yJqfz2R&p\\_p\\_id=relatoriogestaofiscal\\_WAR\\_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet&p\\_p\\_lifecycle=1&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_relatoriogestaofiscal\\_WAR\\_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet\\_searchValue=2011&\\_relatoriogestaofiscal\\_WAR\\_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet\\_javax.portlet.action=viewItem](http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/contas-de-gestao-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro;jsessionid=E0930584975CF8FB889C921F6060622C?p_auth=1yJqfz2R&p_p_id=relatoriogestaofiscal_WAR_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_relatoriogestaofiscal_WAR_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet_searchValue=2011&_relatoriogestaofiscal_WAR_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet_javax.portlet.action=viewItem) —. Acesso em 11/11/12. p.171. Ver também Relatório TCE-RJ 2010. Disponível em [http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/contas-de-gestao-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro;jsessionid=E0930584975CF8FB889C921F6060622C?p\\_auth=1yJqfz2R&p\\_p\\_id=relatoriogestaofiscal\\_WAR\\_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet&p\\_p\\_lifecycle=1&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_relatoriogestaofiscal\\_WAR\\_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet\\_searchValue=2010&\\_relatoriogestaofiscal\\_WAR\\_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet\\_javax.portlet.action=viewItem](http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/contas-de-gestao-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro;jsessionid=E0930584975CF8FB889C921F6060622C?p_auth=1yJqfz2R&p_p_id=relatoriogestaofiscal_WAR_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_relatoriogestaofiscal_WAR_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet_searchValue=2010&_relatoriogestaofiscal_WAR_tcerjrelatoriogestaofiscalportlet_javax.portlet.action=viewItem) Acesso em 11/11/12. P.69.

ser aplicadas com a anuência do órgão regulador da atividade, se não há essa coordenação, é natural que as sanções do PROCON sejam sempre multa, cuja aplicação não necessita de nenhum tipo de confirmação. Essa concentração pode ser prejudicial à adaptação da atuação sancionatória a cada caso de modo a que as sanções cumpram, da melhor maneira possível, sua função repressiva e de criação de incentivos.

Também é de se destacar a atitude do PROCON-RJ diante de um caso em que o problema individual do consumidor seja resolvido junto ao fornecedor: o arquivamento do processo. Segundo o diretor jurídico, a possibilidade de arquivamento serve como estímulo para que as empresas realizem acordos. No entanto, há que se ver com cautela essa postura adotada pelo órgão. Mesmo que haja reparação do dano causado ao consumidor individualmente, a coletividade não foi reparada. Um infrator dos direitos do consumidor que estabelece massivamente relações de consumo permaneceu impune no âmbito administrativo. Havendo o arquivamento, deixa-se de resguardar o interesse coletivo.

A sanção deveria ser aplicada mesmo em casos de acordo com um consumidor específico, tendo em vista que a coletividade deve ser protegida e que o ato do fornecedor consistiu numa infração administrativa. As práticas lesivas ocorrem em maior escala do que a denúncia delas. Assim, resolver uma demanda específica não significa que o fornecedor deixará de causar danos sistemáticos aos seus consumidores. Nesse sentido, o entrevistado reconhece que o ideal seria que houvesse sanções coletivas e em valores muito mais elevados.

Outro ponto que desperta interesse no âmbito da pesquisa é o fato de que o próprio diretor jurídico do PROCON-RJ assume que parte da responsabilidade pela ineficácia das sanções, é do próprio órgão, uma vez que são questionadas no Judiciário. Isso porque os vícios no trâmite do processo podem levar à sua anulação.

Contudo, o diretor jurídico também repreende o Judiciário pelo fato de que, não raro, há o afastamento ou a redução da multa, esta última fundamentada na irrazoabilidade do valor da sanção. Essa atitude seria indevida porque o PROCON-RJ teria critérios objetivos de definição de valores, o que pode ser constatado com análise da Lei Estadual 3.906/02.<sup>42</sup>

Assim, a atitude do Judiciário de reduzir os valores das multas aplicadas reforça o coro dos problemas já existentes no PROCON e contribui para a ineficácia das multas.

Por último, ressalta-se uma constatação grave: perguntados sobre o número e o valor total das multas aplicadas e arrecadadas nos anos de 2010 e 2011,

42 Arts. 3º, 7º, 8º e 9º da Lei 3.906/02.

o diretor jurídico disse que há um controle mensal de arrecadação, no entanto, esse dado não nos foi transmitido, apesar de reiterados pedidos. Não conseguimos sequer obter o número exato de multas aplicadas nos anos de 2010 e 2011.

Uma possível explicação para a dificuldade de conseguir esses dados está nas palavras do próprio diretor, que revela uma realidade preocupante do PROCON-RJ. Segundo ele, o controle é global, não sendo objeto de grandes sistematizações, seja por empresa, data de aplicação da multa ou quaisquer outras categorias.

Um controle mais apurado é complexo de ser concretizado nas atuais condições infraestruturais do PROCON-RJ. Seriam necessários muitos funcionários e, como informado na entrevista, o setor jurídico do órgão estadual possui apenas oito advogados. Além disso, qualquer sistematização que exista hoje é feita de forma rudimentar, artesanalmente, pois não há um *software* adequado para a atividade.

Diante desse panorama de dados insuficientes, não se pode, portanto, fazer afirmações sobre a eficácia das sanções aplicadas pelo PROCON. Apesar de não termos conseguido dados concretos, no ANEXO F apresentamos um fluxo construído com base nas entrevistas realizadas e que nos dão uma ideia de que no geral, as multas seriam ineficazes, pois poucas são aplicadas e poucas são recolhidas/executadas.

### 3.2. ANATEL

No que se refere à ANATEL, também era o intuito inicial analisarmos a eficácia de todas as sanções que a Agência pode aplicar. Contudo, as condições de pesquisa foram as mesmas encontradas no estudo das sanções do PROCON-RJ: falta de dados sobre todas as sanções menos uma, a multa.

Apesar de termos tentado uma análise com base em percepções e dados obtidos por entrevista, não houve resposta à nossa solicitação.

Na verificação da eficácia das multas aplicadas pela ANATEL, serão utilizados as mesmas variáveis *proxy*.

#### 3.2.1. Análise da eficácia das medidas sancionatórias

A ANATEL e o TCU, nos seus relatórios anuais, fornecem dados sobre a aplicação e a arrecadação de multas. No entanto, é importante destacar que, em nenhum desses documentos, há categorização das multas aplicadas de acordo com o fornecedor. Como a ANATEL regula todo o setor de telecomunicações, estão



agregados os valores referentes à telefonia fixa, internet, televisão, entre outros subsetores, dentre os quais se inclui o que objetivamos pesquisar, a telefonia móvel. Apesar disso, a análise desses dados agregados fornece importantes informações quanto à efetividade de mecanismos sancionatórios administrativos.

No ano de 2010, a ANATEL aplicou 5.691 multas totalizando R\$ 1,7 bilhão. Arrecadou R\$ 76,8 milhões, o que corresponde a somente 4,5% do total aplicado. Já em 2011, 5.116 multas foram aplicadas durante o ano, gerando um total de R\$ 809 milhões em multas aplicadas. A arrecadação foi de R\$ 72 milhões, o que representa 9,4% do total aplicado. Esse aumento percentual é expressivo, mas ainda deixa a arrecadação em níveis muito baixos.<sup>43</sup>

### 3.2.1.1. Reclamações fundamentadas

Em 2010, o número de reclamações foi de 1.539.077, representando 29,82% do total de atendimentos. Considerando especificamente a telefonia móvel, o número de reclamações por 1.000 habitantes foi de 0,337.<sup>44</sup>

Enquanto isso, em 2011, o número de reclamações foi de 1.801.545, que representou 32,85% do total de atendimentos. Apesar desse aumento, especificamente na telefonia móvel, o número de reclamações por 1.000 habitantes se manteve estável, em 0,336, havendo uma variação de apenas —0,297%.<sup>45</sup>

### 3.2.1.2. Inscrições do Cadin

As multas vencidas e não pagas, que são maioria, de acordo com o art. 2º, § 1º da Lei 10.522/02, devem ser incluídas no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal — Cadin. Porém, apesar da baixa arrecadação da Agência, esta inscreveu no Cadin, em 2010, somente 298 multas, mesmo tendo aplicado, nesse ano e nos dois anteriores, sempre mais que 4.900

43 Relatório de 2010 - Disponível em [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/contas\\_10/CG%202010%20Relat%C3%B3rio.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/CG%202010%20Relat%C3%B3rio.pdf). Acesso em 12/11/2012. P.102. Relatório de 2011 — Disponível em [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2011/fichas/CG%202011%20Relat%C3%B3rio%20Sess%C3%A3o.pdf#page=83](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2011/fichas/CG%202011%20Relat%C3%B3rio%20Sess%C3%A3o.pdf#page=83) —. Acesso em 12/11/2012. P.109.

44 Relatório de Gestão Anatel 2010. Disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=260639&assuntoPublicacao=Relat%C3%B3rio%20Anual%202010&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental&filtro=1&documentoPath=260639.pdf>. Acesso em 12/11/2012. p.38.

45 Relatório de Gestão Anatel 2011. Disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=278637&pub=original&filtro=1&documentoPath=278637.pdf>. Acesso em 12/11/2012. p.38.

sanções pecuniárias e mesmo tendo tido baixa arrecadação em todos esses períodos.<sup>46</sup>

Diante da baixa arrecadação, é preocupante o pequeno número de inscrições no Cadin, 76% menor que o do ano de 2009.<sup>47</sup> Esse órgão é um dos poucos componentes da Administração com força coercitiva para incentivar o pagamento das dívidas, através da execução judicial. Assim, sua não utilização reduz a eficácia na arrecadação das sanções pecuniárias.

Para completar o cenário de ineficácia da multa, no ano de 2010, simplesmente não houve débito relativo à ANATEL em execução judicial. Esse dado é alarmante porque, segundo a Lei 9.873/99, art. 1º-A, após o fim do processo administrativo, prescreve em 5 anos a ação de execução fiscal dos valores devidos, o que indica a possibilidade de que essa grande porcentagem de multas que não foram arrecadadas nunca o sejam.

No ano de 2011, segundo o TCU, aumentou o número de inscrições no Cadin, que foi de 472. Contudo, novamente se ressalta que é um valor pequeno se comparado com o número de sanções pecuniárias aplicadas em 2011 e com os baixos percentuais de arrecadação nos anos anteriores.<sup>48</sup>

Também houve acréscimo no montante de débitos em execução judicial, que passou de zero para R\$ 28, 2 milhões.<sup>49</sup> Esse valor só representa 3,8% do montante não arrecadado no ano, mas já demonstra um primeiro movimento da Agência no sentido de utilizar esse mecanismo, que dá efetividade à sanção.

### 3.2.1.3. Recursos ao Judiciário

As multas suspensas judicialmente, em número, representam pouco do total de multas constituídas, no entanto, em valor, são mais da metade, conforme se vê na tabela 1, que apresenta a situação das multas constituídas pela ANATEL em 2011. No relatório do ano de 2010 não se encontrou informações sobre recursos ao Judiciário.

46 Relatório do TCU 2010. p.102.

47 Relatório do TCU 2010. p.108.

48 Relatório do TCU 2011. p.114.

49 Relatório do TCU 2011. p.115.

**Tabela 1. Multas constituídas 2011<sup>50</sup>**

Situação das multas constituídas em 2011				
Situação	Quantidade	Participação	Valor (em R\$)	Participação
Arrecadadas	2.130	41,81%	61.460.952,05	9,98%
Em fase de cobrança	1.468	28,82%	235.507.564,12	38,25%
Cadin e/ou dívida ativa	1.392	27,33%	9.040.452,68	1,47%
<b>Suspensas judicialmente</b>	<b>104</b>	<b>2,04%</b>	<b>309.730.857,48</b>	<b>50,30%</b>
Total	5.094	100,00%	615.739.826,33	100,00%

Contudo, não se encontrou em documentos relativos a nenhum dos dois anos nem se conseguiu saber por entrevista se há acompanhamento das decisões judiciais que, eventualmente, possam confirmar, anular ou reduzir as multas da ANATEL.

#### 3.2.1.4. Outras discussões

Relativamente à ANATEL, apesar de existirem alguns dados objetivos, eles não estão categorizados de modo que possamos fazer análises e inferências sobre a eficácia das medidas sancionatórias aplicadas às empresas de telefonia móvel. A primeira dificuldade é o fato de só terem sido encontrados dados sobre multas, sendo que a ANATEL, como já foi explicado, tem um grande leque de sanções que pode aplicar. A segunda é a não sistematização quanto aos fornecedores que as receberam. Soma-se a isso o fato de que não obtivemos resposta na tentativa de entrevista que realizamos. Configura-se, assim, cenário de pouca publicidade e transparência sobre a atuação da Agência, que diferentemente do PROCON-RJ, não aplica somente multas.<sup>51</sup>

### Conclusão

Esta pesquisa foi elaborada com o intuito de analisar a aplicação das sanções administrativas sob o prisma da eficácia, a fim de compreender se a maneira como as sanções são aplicadas surte efeitos na relação de consumo entre empresas e

50 Relatório de Gestão Anatel 2011 . p.38.

51 O que ficou claro quando das suspensões de venda de chips para grandes empresas de telefonia móvel em Julho de 2011.

consumidores e qual seria a magnitude desse efeito. A ideia surgiu a partir do impacto gerado pela medida aplicada pela ANATEL de suspender as vendas de planos de algumas das mais importantes empresas de telecomunicações presentes no país (TIM, OI e CLARO). Sendo assim, o objetivo central era analisar dados para perceber se a aplicação das medidas sancionatórias surtiam os efeitos desejados, acarretando ou não a melhoria dos serviços de telecomunicação.

A pesquisa se iniciou com a busca dos dados da ANATEL e do PROCON. Foram feitas ligações e enviados e-mails para ambas. A ANATEL não se manifestou até a entrega desse trabalho, já o PROCON, foi mais solícito e contribuiu de maneira mais efetiva, enviando-nos algum material e concedendo duas entrevistas, sendo uma com o diretor jurídico e outra com dois advogados do PROCON-RJ. Porém, os dados recolhidos ou não apresentaram informações concretas ou evidenciavam a ineficácia dos mecanismos sancionatórios.

Assim, pode-se extrair de tudo o que foi aqui exposto que falta muito para haver um controle efetivo por parte do PROCON e da ANATEL no âmbito das telecomunicações. Isso corrobora para a lesão sistemática do consumidor e, ainda, constitui nítida desvirtuação destes aparelhos do Estado em cumprir com funções que lhes são naturais, como as de fiscalizar e sancionar. Não basta fazerem o atendimento individual ao consumidor lesado, na medida em que há um grande volume de reclamações é preciso que lancem mão dos mecanismos sancionatórios que poderiam contribuir para a coletividade.

Para tal, mais do que haver um simples cumprimento daquilo que não é feito por ANATEL e PROCON,<sup>52</sup> é necessário que as autarquias tomem uma nova postura perante as informações que lhes chegam. As medidas tomadas devem ser no sentido de garantir maior transparência ao processo de aplicação de sanções, tornando seu não cumprimento mais aparente ao consumidor que, consequentemente, poderá vislumbrar de maneira mais clara qual empresa está ou não cumprindo as determinações legais, ou, principalmente, qual empresa tem ou não lesado seu consumidor.

Dessa forma, o grupo observou duas possibilidades que poderiam servir como sugestões aos órgãos com competentes para defender o consumidor, a fim de que melhorem seu sistema. Primeiramente, a existência de relatórios periódicos<sup>53</sup> realizados pelas próprias agências que elencassem informações cruciais — tais como número total de sanções aplicadas, a arrecadação, a existência ou não de recurso, entre outros —, seria possível conferir essa transparência

52 No caso, efetivamente aplicar sanções e fazer com que o montante seja arrecadado. Assim as empresas passariam a ser incentivadas a melhorar suas atividades.

53 Necessariamente de períodos curtos, tais como relatórios anuais, semestrais ou até trimestrais.

às autarquias. Já a segunda possibilidade seria a criação de um software<sup>54</sup> que compilasse estas mesmas informações e pudesse, dessa forma, integrar todas as entidades de defesa do consumidor<sup>55</sup> em prol da identificação de quais empresas tem ou não cumprido com as determinações legais.

O modelo, tal qual vem sendo apresentado, deixa lacunas para que o consumidor continue a ser constantemente lesado, uma vez que o PROCON vem aplicando apenas multa<sup>56</sup> como sanção administrativa, deixando previsível às empresas que, descumprindo os deveres que tem para com o consumidor, irão arcar com valores que posteriormente poderão ser reduzidos ao recorrer ao Poder Judiciário. Dessa forma, a medida que deveria beneficiar o consumidor, faz com que as empresas possam se programar para pagar pequenas multas, ao invés de fazer um grande investimento que, de fato, beneficie o consumidor.

É necessário que se faça cessar a lesão sistemática ao consumidor. Os aparelhos que teriam que desenvolver esta atividade de defesa, pelos motivos nesta pesquisa apresentados, não estão sendo eficientes, e quem sai perdendo com isso é sempre a população brasileira.

## Referências Bibliográficas

### Livros:

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DENARI, Zelmo. **Das sanções administrativas**. In: Grinover, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor* — Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede** Belo Horizonte: Fórum 2002.

<sup>54</sup> Como o próprio diretor jurídico do PROCON-RJ mencionou em entrevista concedida ao grupo.

<sup>55</sup> Tendo em vista que as empresas são as de telefonia e são as mesmas em território nacional.

<sup>56</sup> O art. 56 do CDC dispõe sobre outras sanções administrativas.

MIRAGEM, Bruno. co-autoria com MARQUES, Cláudia e BENJAMIN, Antônio. **Direito do Consumidor** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

RÊGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 3. ed. Revista dos Tribunais, 2007.

#### Artigos:

*Editorial: Agências Desreguladas*. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo. 13 de nov. 2012. Disposto no site: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/1127333-editorial-agencias-desreguladas.shtml>

MARTELLO, Alexandro. *Anatel anuncia suspensão de venda de chips da Oi, Claro e TIM*. In: **site do G1**, Brasília: Tecnologia e Games, julho, 2012. Disposto no site: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/07/anatel-anuncia-suspensao-de-venda-de-chips-da-oi-claro-e-tim.html>

MIRANDA, Maria Bernadete. *O direito do consumidor aplicado aos dias atuais*. In: **Buscalegis.ccj.ufsc.br**. Disposto no site: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24729-24731-1-PB.pdf>

Ranking das Prestadoras Serviço Móvel Pessoal de 01/2012 disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=278875&pub=original&filtro=1&documentoPath=278875.pdf>

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Função Regulatória*. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia: Centro de Atualização e Justiça, no. 11 fev., 2012. p. 2.-9. Dis-

posto no site: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002—MARCOS-JURUENA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002—MARCOS-JURUENA.pdf)

TAVARES, Monica. BONFANTI, Cristiane. *Celulares da Berlinda*. In: **O Globo** Brasília: Caderno de Economia. 2a Edição, set., 2009. p. 15.

*Top 30: As empresas mais acionadas nos JEC do TJ-RJ*. In: **O Globo**. Economia. Disposto no site: <http://oglobo.globo.com/infograficos/defesa-do-consumidor/ranking-mais-reclamadas/>

VENTURA, Carla A. Arena. e MORTINELLI, Dante Pinheiro. *As Agências Reguladoras e o Setor de Telecomunicações um Estudo de caso do Brasil e EUA*. São Paulo: USP, 2005. Disposto no site: [http://www.cpq.fearp.usp.br/bancodados/textos\\_discussao/adm/wp-a33.pdf](http://www.cpq.fearp.usp.br/bancodados/textos_discussao/adm/wp-a33.pdf)

#### Legislações:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988, disposto no site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

LEI N. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor

LEI N. 10.522 de 2002

LEI N. 12.527 de 2002

LEI N. 8.078 de 1990

LEI N. 9.472 de 1997

LEI N. 9.873 de 1999

LEI Estadual do Rio de Janeiro N. 3.906 de 2002

LEI N. 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador

e outros aspectos institucionais. Disposto no site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)

Emenda Constitucional N. 8 de 15 de agosto de 1995. Disposto do site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm)

Decreto 2.338 de 07 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disposto no site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2338.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2338.htm)

Decreto 2.181 de 20 de março de 1997. Dispõe sobre o SNDC. Disposto no site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm)

#### Links:

Exploramos todo o site da ANATEL: <http://www.anatel.gov.br/>

Exploramos todo o site do PROCON <http://www.procon.rj.gov.br>

<http://www.tce.rj.gov.br>

<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>



## ANEXOS

### Anexo A — Fotos tiradas na sede do PROCON-RJ

Foto 1. Painel na entrada do PROCON-RJ



Foto 2. corredor do PROCON-RJ



Foto 3. setor jurídico — mesa à frente — 1ª instância administrativa



Foto 4. setor jurídico — mesa ao fundo — 2ª instância administrativa



Foto 5. mesa da dívida ativa



Foto 6. ventilador



## Anexo B

## Requerimento ANATEL

Biblioteca da Anatel/Atendimento Documental  
Recibo da Solicitação de Cópia de Documento/Legislação

## Dados do Solicitante

**Nome:** RAFAEL VIOLA  
**Cnpj/CPF:** 09424533799  
**Cidade:** Rio de Janeiro  
**CEP:** 20511001

## Dados da Solicitação Nº: 070012012

**Data da solicitação:** 31/10/2012 12:47:46

**Descritivo da Solicitação:** Gostaria de obter acesso à informação referente aos seguintes dados:

- 1) Quantas multas anatel aplicou a empresas de telecomunicações no RJ de acordo com o ano e qual o montante geral em Reais (R\$), nos seguintes exercícios: 2008, 2009, 2010, 2011.  
Gostaria de obter a informação detalhada sobre cada multa, ou seja, para qual empresa foi e qual o valor.
  - 2) Quantas multas que anatel aplicou a empresas de telecomunicações no RJ foram contestadas judicialmente, nos seguintes exercícios: 2008, 2009, 2010, 2011.
  - 3) Quantas multas que anatel aplicou a empresas de telecomunicações no RJ foram efetivamente pagas pelas empresas, informando o montante arrecadado por exercício dos seguintes anos: 2008, 2009, 2010, 2011.
- Também gostaria de ter acesso às medidas sancionatórias de suspensão de vendas, para esse mesmo período, nacional e especificamente para o estado do Rio de Janeiro.
- Reforço a necessidade de que as informações devem vir ano a ano.

Cordialmente

**Atenção:** Pedimos a gentileza de aguardar a comunicação da Biblioteca a respeito do andamento da solicitação



## Anexo C

## Requerimento TCE-RJ

## REQUERIMENTO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº

CÓPIA

Requerente

Nome completo (pessoa física) / Nome ou razão social (pessoa jurídica)

RAFAEL VIOLA

Nome do representante legal (obrigatório para pessoa jurídica). Anexe documento comprobatório.

CPF ou CNPJ 094.245.337-99

Documento de identificação nº 12.830.474-8

Órgão Exp IFPRJ

Anexe cópia da identidade do solicitante e do representante legal, quando for o caso.

Endereço: Av. Maracanã nº 1320

Complemento: apt. 203

Cidade: Rio de Janeiro

Estado: RJ

CEP: 20511-001

Telefones (DDD+número) (21) 2570-7397

E-mail: rviola.adv@gmail.com

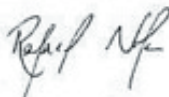
Elementos de Pesquisa solicito a informação dos dados referentes à:

- (i) Quantidade de multas aplicadas pelo PROCON do Estado do Rio de Janeiro, por exercício (discriminada ano a ano), no período de 2008, 2009, 2010 e 2011.
- (ii) O montante financeiro relativo às multas aplicadas nos exercícios acima descritos.
- (iii) O montante financeiro relativo à arrecadação efetivada das multas aplicadas nos exercícios acima descritos.

Solicito, ainda, que a informação seja individualizada por período.

Estou ciente de que a informação poderá ser prestada em até 20 (vinte) dias, cabendo prorrogação por mais 10 (dez) dias, e que deverei retornar para obter os documentos solicitados.

Rio de Janeiro, 05 de Novembro de 2012

TRIBUNAL DE CONTAS  
PROTOCOLO  
05 NOV. 2012

ANEXO 15.21K

## ANEXO II AO DECRETO Nº 43.597/2012

## TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO USO E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Requerimento de acesso à informação nº

Nome do requerente:

\_\_\_\_ Rafael Viola \_\_\_\_\_

Declaro que:

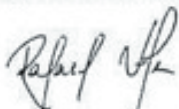
a) Responsabilizo-me integralmente e a qualquer tempo pela adequada utilização das informações a que tiver acesso. Estou ciente de que posso vir a ser responsabilizado por danos morais e materiais decorrentes da utilização, reprodução ou divulgação indevida dessas informações. Isento a Administração Pública Estadual, o órgão ou entidade ou seus servidores de qualquer responsabilidade a este respeito;

b) Estou ciente das restrições a que se referem os arts. 4º e 6º da Lei nº 8.159, de 08.01.1991 (Lei de Arquivos); da Lei nº 9.610, de 19.02.1998 (Lei de Direitos Autorais); dos arts. 138 a 145 do Código Penal, que prevê os crimes de calúnia, injúria e difamação; bem como da proibição, decorrente do art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, de difundir as informações obtidas que, embora associadas a interesses particulares, digam respeito à honra e à imagem de terceiros, além do art. 25, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação Pública);

c) Estou ciente da obrigatoriedade de, por ocasião da eventual divulgação das referidas informações, mencionar a fonte a que os respectivos originais pertencem;

d) Estou ciente de que autorizações relativas a direitos autorais e de imagem, quando pertinentes, devem ser solicitados aos autores ou retratados.

Rio de Janeiro, 05 de Novembro 2012



## Anexo D

### Entrevista feita com o Diretor Jurídico do PROCON-RJ

Entrevista realizada no dia 31.10.2012 com o diretor jurídico do PROCON — RJ. Participantes: Rafael Viola, Celina Mendes, Eduardo Magalhães, Giulia Marinho, Ricardo Carrion.

**Rafael:** Nós fomos buscar dados pra saber qual é a efetividade da aplicação das multas das operadoras de telefonia. É um estudo de caso, no Rio de Janeiro. Tivemos acesso ao relatório do CGU sobre a aplicação de multa de todas as agências reguladoras. Em 2010 a arrecadação das multas foi abaixo de 5%. Só 5% das multas aplicadas foram arrecadadas, recolhidas. Em 2011 esse numero foi para 9,4%. Então pensamos que talvez as multas não tenham efetividade. Vamos fazer essas analise na ANATEL e no PROCON. O problema é que a ANATEL não tem esses dados. Não nos informou nada, e estamos entrando com um requerimento agora baseado na lei de informação, pois queremos uma resposta oficial. Caso realmente não tenha, nos fazemos uma proposição, para que passem a arrecadar dados, pois é importante para os fins de política pública. A mesma coisa com o PROCON (Carlos Edson diz que eles recolheram o maior número de dados possível). Entendemos a dificuldade que é, uma vez que é precário, não tem nem ar condicionado funcionando, e que estão dizendo que vão mudar o PROCON de prédio tem mais de um ano (Carlos Edson diz que por esse motivo pararam de cuidar do lugar “antigo”, o que ele se encontra até agora). Sabemos que os dados que chegaram até nos foram difíceis de arrecadar pela precariedade, que fizeram por carinho.

Carlos Edson diz que são a favor da pesquisa, pois pode revelar a situação atual, e eles podem se apropriar dos dados para melhorar, a partir dela traçar metas.

**Rafael:** O problema é que não conseguimos chegar ao numero exato de multas aplicadas, o valor, etc. Fomos procurar no TCE, porém, eles não contem dados de aplicação de multas nem das agencias reguladoras, nem do PROCON. Também entraremos com um requerimento baseado na lei de informações. Portanto, não tendo os dados, vamos fazer entrevistas pra pelo menos ter uma percepção dos protagonistas da área. Tentamos marcar uma entrevista com a ANATEL, mas ninguém se disponibilizou, não conseguimos. Vamos fazer agora com o PROCON. Você pode não ter o dado específico, mas pelo menos teremos a sua percepção.

**Perguntas:**

**1. Gostaríamos de entender como é o processo de atuação do PROCON uma vez que não resolvam os problemas reclamados. Como vocês procedem em relação às empresas que não resolvem os problemas apresentados?**

**Resposta:** Esse dado de reclamações (3631) é diferente do numero de atendimentos, ou seja, a divergência, a diferença entre o número de atendimento (mais de 10,000) e o número de reclamações, mostra um êxito da autarquia em resolver aqueles problemas relatados. Ou seja, o consumidor entrou com algum mecanismo, através do qual ele resolveu seu problema.

O número de reclamações mostra um total daqueles que não tiveram êxito. Dentro desses não satisfeitos, não significa que não há satisfação. A existência da reclamação significa que foi instaurado um processo administrativo sancionatório contra o fornecedor. No âmbito desse processo administrativo, ainda existe a possibilidade de se fazer um acordo, que é um percentual de mais de 50%. Ou seja, o insucesso nessa percepção, apesar de ainda ser grande, é realtivo. A reclamação fundamentada pode ser atendida ou não atendida. O insucesso reside nesse numero residual da reclamação fundamentada não atendida. É um numero grande ainda, eles têm um objetivo de zerar esse número.

**Rafael:** Mas então, ela não atendeu, e restou aquele resíduo.

Nesse resíduo, que seria aproximadamente de mil e pouco, mil e quinhentos. Esses serão os processos que terão continuidade, e irão culminar provavelmente com a imposição de sanção, provavelmente, que será a multa. Entre 2010-2011, provavelmente terão, caso sejam 1500 processos, 750-800 multas por ano, que ainda é um número muito grande. Mas não se pode desconsiderar que a telefonia é um mercado gigante.

Dentro das multas existe o problema da própria limitação do PROCON, no trâmite do processo administrativo, que se traduzem, às vezes, por vícios, que ocasionam, muitas vezes, no não pagamento. Muitas vezes, também, o judiciário não tem a percepção de que a legislação estadual impõe a multa em patamar vinculante, os termos são rígidos para determinar a quantificação da multa. O sujeito aplica uma formula, que é a formula da lei. O PROCON não possui elasticidade, critérios (discrecionariade; razoabilidade) para formular uma multa complexa, de ponderação... Ele é estritamente vinculado ao que é expresso em lei. [...]

Jogava qualquer sanção para o patamar de 22 mil UFIRs, que é em torno de 50 mil reais. É o que a planilha, o cálculo induz. Com relação as reclamações as companhias alegam que não é razoável e, na maioria das decisões judiciais o



valor é reduzido em aproximadamente 40%, o que ficaria entre 6-8 mil reais. Segundo ele, esse valor é tirado da cabeça do magistrado, “da cartola”.

OBS: Discussão da essencialidade do aparelho celular [...] (não faz parte da nossa parte do trabalho)

**10. Você saberia dizer se, uma vez resolvido o problema do consumidor, o PROCON da continuidade ao procedimento para eventual aplicação de sanção administrativa ou ele opina pelo arquivamento? Se ele opina pelo arquivamento, você saberia dizer qual o fundamento legal?**

Resposta: O PROCON arquiva. Ele não tem base pra sanção, é como se ele (as companhias telefônicas) não tivessem cometido, ou melhor, ele corrigiu o erro, como se fosse “arrependimento eficaz”. Cumpriu, atendeu o consumidor, arquiva. Serve até como um estímulo para que ele solucione o problema, realize acordos.

**2. Quantas sanções foram aplicadas pelo PROCON RJ a empresas de telecomunicação nos anos de 2010 e 2011? Gostaríamos de saber o número de sanções, a quem foram aplicadas e quais espécies de sanções foram aplicadas? (solicitar detalhamento—empresa, o tipo de sanção, data, o que levou a essa sanção e se ela foi executada)**

Resposta: Na minha percepção seria menos da metade do total residual visto na outra pergunta. Normalmente a sanção tem sido multa. Só tem conhecimento de multa. Segundo ele a multa acaba sendo bem eficaz se for bem trabalhada. Se o processo administrativo tiver bem instruído. Ele tem procurado instruir bem, pois se não, ela chega ao judiciário e ele anula.

**3. Como o PROCON decide sobre aplicação de sanções. Por exemplo, recentemente teve grande repercussão da Anatel quando ela utilizou o volume de reclamações de consumidores para justificar a suspensão da venda de planos de dados e voz por três das quatro principais operadoras de telefonia celular (TIM, Oi e Claro) — o PROCON RJ se baseia no volume de reclamações para aplicar sanções ou utiliza outros mecanismos para essa decisão? Poderia nos explicar como decidem?**

Tivemos acesso a um relatório no qual o PROCON RJ informa que nove sanções aplicadas a empresas de telecomunicações no Estado do Rio de Janeiro geraram recurso judicial. Esse número de 9 trata-se de amostra, correto? Saberiam dizer quantas sanções foram aplicadas no período, no total? Desse total, quantas são multas?

Resposta: Uma vez verificada a prática infrativa, é cabível a sanção administrativa. Não há ainda (estão querendo desenvolver nessa fase um critério que observasse o todo, o volume, o coletivo do processo, até pra de repente

sancionar conjuntamente, coletivamente, seja num valor muito mais elevado, que é comportado pela lei estadual; suspender a venda de produto ou serviço temporariamente. Mas também estão trabalhando muito —uma auto crítica— que vai mudar. Eles têm trabalhado muito no varejo, e no varejo não se enxerga o todo, que seria bom pra ele. Uma pesquisa como a nossa é fundamental pois contribui com o sistema. Para ele trabalhar no coletivo seria o ideal, e eles estão tomando providencias para isso. Além disso, o acordo com o judiciário, que irão informá-los a respeito dos processos.

Parte 2 dessa pergunta:

Não tem percepção de quantas multas foram aplicadas no período (para saber o numero por ano em media teria que dividir o numero por dois daquele valor residual do inicio). Porem pode ter alguma coisa, como um vicio no processo, ou uma demora no julgamento do processo, que faça que algumas delas não tenham sido efetivamente aplicadas. Mas em princípios todas aquelas seriam passíveis de multa.

**4. Uma vez que a sanção é aplicada, há algum acompanhamento sobre a efetividade (cumprimento/ execução) da medida sancionatória?**

**Resposta:** O PROCON tem sim.

**5. Se sim, como é feito esse acompanhamento? Se não, por que não há esse acompanhamento?**

**Resposta:** Uma vez que se tem a emissão da decisão final da multa, o sujeito é notificado pra pagar a multa, ou para recorrer. Caso não faça uma coisa nem outra, eles mandam para um setor, que esta ligado ao departamento jurídico, que irá fazer a emissão da nota de débito. O PROCON faz o primeiro contato. Ou você paga, ou irei mandar o valor para a procuradoria geral do estado, como divida ativa. Algumas pagam, mas não tem a percepção do número. Se não paga a nota de debito é emitida e mandada pra PGE, que recebe e inscreve em divida ativa, e o cobra, que é a segunda oportunidade de pagar. Se não paga na PGE, a juíza vai execução fiscal contra ele. Quem controla isso, caso pague em juízo [...]. Segundo ele eles têm relatórios mensais de arrecadação (se a divida foi paga ou não).

**6. Na sua visão, as sanções são efetivas? Ou seja, elas contribuem para melhorar a prestação de serviços dessas empresas?**

**Resposta:** Em alguma medida sim, mas há muito o que ser feito. Tem certa efetividade, as empresas não querem pagar, lutam pra não pagar. Dá trabalho pra eles (contratar advogado, etc.), além de ser um ônus para a empresa. Cada vez que paga, “sangra” um pouco o cofre da empresa, ainda que os valores não sejam tão absurdos. Então tem alguma função de incentivo, função pedagógica

(se eu fizer isso, vou ter que pagar a multa). E aliada a isso, o sistema tem uma boa ferramenta, que é o SINDEC. O empresário não quer ter seu nome na lista do SINDEC de mais reclamados.

**Rafael:** Você acha que isso muda a atitude das empresas, que muda a atividade praticada?

**Resposta:** Para isso, deveria haver uma questão matemática de não valer a pena ser multado. Para o empresário, deveria valer mais investir na boa qualidade do relacionamento com o cliente, sem precisar a intervenção de um terceiro. Enquanto ainda for vantajoso pra eles —ainda é— continuar praticando esses atos, uma vez que existe a possibilidade de anular ou reduzir, o ilícito ainda está compensando. Cabe aos operadores do sistema, e da estrutura administrativa mudar isso. Ter enfoque coletivo aos problemas torna mais eficaz. Uma suspensão, por exemplo, significariam milhões em dinheiro, o que faria com que eles não quisessem tomar esse tipo de sanção.

**7. Vocês notaram se uma vez aplicada uma sanção administrativa a empresas, houve redução no o volume de reclamações de consumidores ou não?**

**Resposta:** O que tem visto como consequência é só o aumento do numero de atendimentos. O numero é crescente. Logo, respondendo a pergunta, não estaria sendo o suficiente. Se tivesse, o numero de atendimentos diminuiriam. É fruto de várias coisas, como o aumento da informação por parte dos consumidores, o consumidor está mais atento, o PROCON está mais na mídia... É um dado complexo. Mas o fato é que os atendimentos e as reclamações têm aumentado.

**8. Há algum convenio ou parceria do PROCON RJ com a Anatel? Resposta:** Não existe. Existiria convenio com os fornecedores [...]

**9. O PROCON RJ faz o levantamento de dados acerca da quantidade de sanções aplicadas aos fornecedores de produtos e serviços que descumprem o sistema de proteção ao consumidor? Se sim, qual o setor responsável por esse levantamento?**

**Respostas:** Faz, em parte. Teria que aperfeiçoar. Mas existe sim o controle da arrecadação mensal, por exemplo. Entretanto, é um controle global, não é um controle segmentado, classificado... Isso pode ser melhorado. Uma ferramenta bem desenvolvida é desejável. O controle não é simples. Para nos disponibilizar os dados, teve que mobilizar muitos funcionários para coletarem os dados (advogado, estagiário...). O PROCON tem suas carências. Necessitam de novos servidores, uma vez que a equipe é muito pequena. No setor jurídico são apenas 8 advogados. Na fiscalização é um numero muito pequenininho. O quadro de funcionários é pequeno. É tudo muito precário. A estrutura não co-

labora. O PROCON já teve melhoras, uma vez que se transformou em uma autarquia. Sendo assim, terão servidores próprios. Segundo ele, chegarão 180, que serão os primeiros servidores próprios do PROCON. Foi montada uma nova diretoria, tudo na esfera da autarquia. Tem que ser um procurador do estado.

Se tivesse uma ferramenta, um software ajudaria muito útil (organizado em empresa, entre outros, coisas bem divididas e especificadas), que se pudesse emitir um relatório. Atualmente isso é feito de forma artesanal, e não eletronicamente.

O PROCON está passando por transformações, terá mais advogados (10), servidores. É um órgão que tem sensibilidade social.

## Anexo E

### Entrevista com a advogada do PROCON-RJ

A entrevista foi realizada na sede do PROCON da cidade do Rio de Janeiro/RJ, no dia 22 de outubro de 2012 e teve início às 16 horas e 53 minutos. Estavam presentes os alunos Ana Paula Palhano, Eduardo Magalhães e Marcella Sardenberg; Rafael Viola, professor da FGV Direito Rio; e dois advogados do PROCON.

**Rafael:** Vamos começar a entrevista com o PROCON através da advogada do PROCON que tem nos ajudando e nos auxiliado bastante na pesquisa sobre as sanções. No relatório que tivemos acesso, durante o período 2010/2011 consideramos que só no seguimento de telecomunicações, o PROCON do Rio de Janeiro registrou um total de 3631 reclamações fundamentadas. Gostaríamos de entender, então, como é o processo de autuação do PROCON uma vez que não foram resolvidos os problemas dos consumidores. Como vocês procedem em relação às empresas que não resolveram os problemas apresentados?

**Advogada:** Hoje, na área de telefonia temos os “Expressinhos” da OI e Claro, que são os fornecedores que estão aqui com a gente. O que acontece: o consumidor vem aqui na loja, registra a informação, essa reclamação sobe pelo o que a gente chama de “Expressinho”, um posto de atendimento da operadora que fica aqui no PROCON. Essa reclamação é apresentada e o fornecedor tem um prazo de resposta, esse é o primeiro momento. Se ele resolver na CIP que é a Carta de Informação Preliminar, que vocês devem ter conhecimento através do SINDEP, é registrada uma reclamação. Nesse momento do registro da reclamação, ele já vai ser ranqueado no cadastro das reclamações fundamentadas o que

pra ele é muito interessante, porque é um espelho para a sociedade. O consumidor já tem o hábito de acessar esse cadastro para ver o número de reclamação.

Na audiência, a reclamação já vai ser declarada atendida se houver acordo e fundamentada não atendida, se não houver acordo. Em não havendo acordo, esse processo sobe e ganha um número de processo. O cartório aguarda a juntada da defesa que depois vai para o juiz de primeira instância para fazer um parecer que vai ser homologado pelo coordenador. Nesse parecer ele vai aplicar uma multa, vai sancionar o fornecedor. Estou mostrando para vocês o trâmite do processo administrativo.

Desse momento, em sendo aplicado a multa, ele é notificado para recurso para o recolhimento da multa. Em havendo recurso, esse processo vai para o juiz de segunda instância que analisa o processo, se não houver provimento no recurso o processo segue para o setor de dívida ativa. O setor de dívida ativa vai fazer a cobrança amigável. Se ele não cumprir com a obrigação nesse momento, esse processo vai para a PGE para que haja a execução. Atuamos até o momento da cobrança amigável. Estamos vendo na prática que o expressinho tem um número de acordo grande, todas essas operadoras de telefonia nos procuram muito, tem muitas reuniões inclusive, e eles firmam metas com o DPDC. O que vemos hoje é muito interesse da parte deles em fazer uma composição em sede administrativa.

**Rafael:** Uma vez feito esse acordo, o PROCON dá prosseguimento ao processo administrativo ou faz o arquivamento?

**Advogada:** A gente tem um prazo para o cumprimento desse acordo. Se houver o descumprimento, a gente pega essa reclamação com o comunicado de descumprimento e encaminha, notifica o cartório. O cartório notifica da instauração do processo administrativo e para apresentação de defesa.

**Rafael:** Mas se a empresa cumpre com o acordo?

**Advogada:** Essa reclamação é arquivada e entra no cadastro de “Reclamação fundamentada atendida”.

**Rafael:** Você saberia dizer quantas sanções foram aplicadas pelo PROCON a empresas de telecomunicações nos anos de 2010/2011?

**Advogada:** Eu teria que ver na planilha que eu te apresentei, porque de cabeça eu não sei.

**Rafael:** Aqui tem todas?

**Advogada:** De número e de quantidade eu desconheço.

**Rafael:** Quer dizer que esses são os números da dívida ativa que não foram pagos?

**Advogada:** Sim, é a cobrança amigável.

**Rafael:** E elas (empresas) costumam pagar diretamente?

**Advogada:** Às vezes sim, às vezes não.

**Rafael:** Uma pergunta importante é a seguinte: as sanções que o PROCON aplica são sempre multa ou você tem conhecimento de outros tipos de sanções que o PROCON tem aplicado?

**Advogada:** Na maioria das vezes é multa. A gente tem previsão no Código e no Decreto 281 de suspensão, de interrupção parcial ou temporária de estabelecimento, mas no período que eu estou no PROCON, nunca assisti fazer, mas existe a previsão legal.

**Rafael:** isso nos leva a próxima pergunta. Como o PROCON decide sobre aplicação de sanções? Por exemplo, teve grande repercussão aquela sanção aplicada pela ANATEL quando ela resolveu usar o número de reclamação de consumidores para justificar a suspensão da venda de planos de dados e voz das principais operadoras de celular — TIM, OI, CLARO. O PROCON se baseia no número de reclamações para aplicar sanções ou utiliza outros mecanismos para tomar essa decisão? Poderia nos explicar como é decidido?

**Advogada:** Antes aplicava a 306 e calculava em cima disso. Tem critérios agravando a multa: reincidência, dolo... E uma outra coisa que o PROCON faz também, é que a gente suspende a CIP se houver reclamações repetidas e vai direto para a abertura de reclamação. Portanto, esse fornecedor vai ser ranqueado de qualquer forma. O que pode acontecer também, é que se reúnam essas ações e faça isso de ofício, então ele não vai ter chance nem de composição — de reunião lá embaixo — em audiência. Pode reunir essas reclamações e partir direto para o processo administrativo, porque o processo pode ser aberto de três formas: reclamação do consumidor, denuncia (ato da autoridade competente) e ato de infração. Então, por ato, a autoridade competente pode instaurar um processo administrativo sem que ele passe pela chance de conciliação com o consumidor lá embaixo.

**Rafael:** Só para deixar claro, nós tivemos acesso ao relatório que a Doutora \*\* encaminhou para a gente que trata de nove processos, ou seja, nove sanções aplicadas a empresas de telecomunicações no Rio de Janeiro e que geraram recurso judicial de Ações Anulatórias. Esse número é uma amostra. Você não saberia dizer se todas essas sanções são multas? Você nunca viu outro tipo de sanção?

**Advogada:** Todas vão desconstituir multa administrativa.

**Rafael:** Uma vez que a sanção é aplicada, há algum acompanhamento sobre a efetividade, isso é, o cumprimento e a execução da medida sancionatória?

**Advogada:** A dívida ativa faz esse levantamento e apresenta relatórios mensais para o Presidente com esses valores de recolhimento. Esse acompanhamento é todo do setor de dívida ativa.

**Rafael:** Sempre é a dívida ativa que faz?

**Advogada:** Sempre é a dívida ativa.

**Rafael:** Na sua visão, as sanções são efetivas? Ou seja, elas contribuem para melhorar a prestação de serviço?

**Advogada:** Eu acredito que sim, eu me reporto ao que disse inicialmente. Essa sanção de caráter pedagógico funciona, acho que a conduta de fornecedores com os consumidores mudou muito, acho que ainda existe a má-fé como é o caso das empresas que vendem tantos pacotes com velocidades “X” na internet e não cumprem, mas acho que já andamos um bom pedaço e acredito que por conta disso, sim.

**Rafael:** vocês notaram se uma vez aplicada uma sanção administrativa a empresas, ouve redução do volume de reclamação dos consumidores? Qual a percepção? Porque ainda não tem um número expressivo? Qual a percepção que vocês têm?

**Advogada:** Eu acho que o número de acordo aumenta a partir do momento que você aplica uma sanção. Eles procuram fazer mais acordos nas sedes administrativas. Depois que eles entendem

nosso processo administrativo, tem-se percebido um número maior de acordos feitos.

**Rafael:** Eles passam a fazer mais acordos, mas não necessariamente mudam o comportamento deles?

**Advogada:** Não necessariamente.

**Rafael:** Quer dizer, eles continuam com as mesmas práticas?

**Advogada:** Não dá pra gente dizer que uma coisa puxou a outra. Você percebe em determinados fornecedores a vontade de cumprir o CDC, o interesse de procurar o órgão, de fazer ajustes, de fazer acordos, etc. Acho que o cadastro da sanção fundamentada e a sanção pedagógica contribuem sim.

**Rafael:** Mais duas perguntas. Primeiro, é uma pergunta mais burocrática. Existe algum convênio ou alguma parceria do PROCON com a ANATEL? Porque no Decreto da ANATEL, ele estabelece que a prioridade está na ANATEL da fiscalização ou punição.

**Advogada:** Não.

**Rafael:** Não tem nenhum?

**Advogada:** Não, não temos convênio. Mas isso é pacificado, que o PROCON tem competência para multar e para agir também.

**Rafael:** a última pergunta, talvez a mais dura. É a pergunta que mais me interessa, pois tivemos algumas dificuldades e vocês também tiveram dificuldades em encontrar dados sobre as reclamações. É uma análise realmente da percepção de vocês. É importante, pois poderíamos propor uma parceria, alguma coisa. A gente queria entender se o PROCON faz o levantamento de dados acerca da quantidade de sanções aplicadas aos fornecedores de produtos ou serviços que descumpram o sistema de proteção ao consumidor. Hoje, isso é uma dificuldade que eu percebo em vários órgãos da administração pública que é a ausência dos levantamentos de dados. Entram processos, mas não há uma quantificação, um sistema informatizado dos dados para gente saber exatamente o que está acontecendo, pois quando a gente tem esses dados, nós podemos pensar em implementar, no levantamento de dados no sentido de quantos processos entraram, quantas ações entraram, qual o objeto dessas ações judiciais. Porque quando a gente tem esses dados, se eu sei que eles entram o tempo inteiro dizendo que há um problema administrativo, ou que não respeitou, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório eu sei que ali é o gargalo do meu processo administrativo.

**Advogada:** Já tivemos isso. Já tivemos muitos processos mal fundamentados, muito mal instruídos. Já utilizamos muito a autotutela para reformar esses processos.

**Advogado:** Hoje temos o SINDEC com um sistema que se tornou um grande banco de dados, mas como tudo na vida não é perfeito. Ele carece de informações mais minuciosas, como por exemplo, a demanda do judiciário.

**Advogada:** Esse controle das ações judiciais quem faz sou eu. Para o SINDEC não interessa o processo sancionatório administrativo. Eu tenho uma relação de todos os processos, pois desde que eu assumi faço esse controle. Mas no SINDEC não existe. Quando eu assumi essa função, já tinha muito processo acautelado que já não tinha conhecimento. Houve uma época em que nós enviávamos para a PGE para instruir, além das informações, o PA seguia e só sei que está lá por tramite num sistema de processo. Mas hoje, a PGE trabalha com outro sistema e eles não são interligados, então por várias vezes a PGE me liga e pergunta de um processo que já está com eles. Eu tenho esse controle, eles não tem. Entendeu? Tem muito PA nosso que está lá há muito tempo. Agora, de 2008 para cá, eu tenho a relação de todos os processos. Esse controle específico disso, enquanto há o processo administrativo, o SINDEC envia esses dados.

**Rafael:** é uma iniciativa que parte de você, não é uma colocação institucional? Quer dizer, você entrou aqui, viu essa necessidade e começou fazer isso?



**Advogada:** Tem que fazer esse controle. Já pensou que loucura não ter esse controle? Após a anulação anulatória, eu presto as minhas informações para o Procurador que vai atuar no processo. Quando tem o resultado, ele manda o processo de volta pra mim com a ACJ e vou cumprir o julgado em cima da determinação dele.

**Rafael:** e vocês costumam fazer habitualmente o levantamento do mês de agosto, por exemplo, das sanções que foram aplicadas?

**Advogada:** Nas ações judiciais ou das sanções administrativas?

**Rafael:** Das sanções administrativas.

**Advogada:** Esse levantamento é feito a qualquer tempo, exatamente em cima do SINDEC.

**Rafael:** Tem como fazer esse levantamento?

**Advogada:** O diretor jurídico, quando assumiu o PROCON levantou tudo.

**Rafael:** A pesquisa que vocês enviaram pra gente, né?!

**Advogada:** foi a primeira coisa que ele fez. Ele fez até um esquema com as cores (laranja, vermelho e amarelo) para identificar a fragilidade do nosso processo administrativo. Ele tem muito cuidado. Hoje, quando recebo um processo, passo um “pente fino” nele e qualquer coisa, falo para o diretor jurídico o que está acontecendo e se for o caso, aplicamos uma sanção.

**Rafael:** Gostaria de agradecê-la pela entrevista.

**Advogada:** Estamos à inteira disposição.

## Anexo F

Tabela com o número de reclamações fundamentadas confeccionada com dados do PROCON-RJ

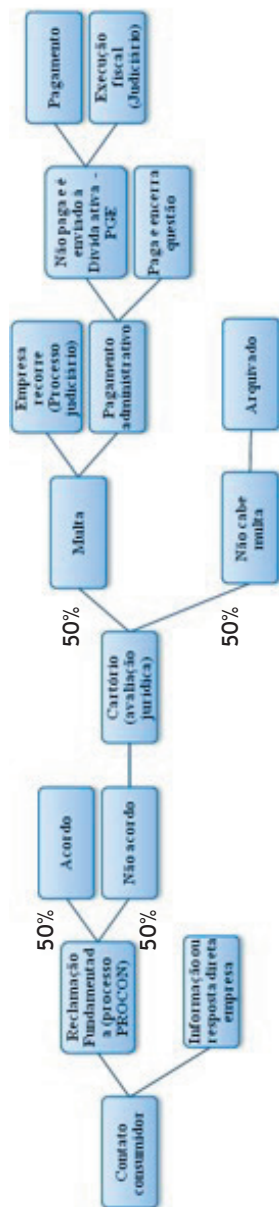
Empresas	2010	2011
Telemar Norte Leste S/A	493	426
Oi Celular — Oi TV — Oi Net.BR — Way	79	105
Embratel — Livre	156	330
BCP S/A — Claro	425	310
Tim Celular S/A — Ao Departamento Jurídico	276	274
Telerj Celular — Vivo S/A	221	244
Nextel Telecomunicações LTDA	9	29
Brasil Telecom	32	22
Global Village Telecom	0	3
Telesp Telecomunicações de São Paulo	1	1
Prestadora de telecomunicações de São Paulo S/A	0	1
Total	1.692	1.745
Total 2010 e 2011	3.437	

Fonte: site do PROCON-RJ. Acesso em 11/11/12

Cadastro de 2010 [http://www.procon.rj.gov.br/arquivos/rel\\_reclamacao\\_fundamentada\\_setembro%202009%20a%20ago%202010.pdf](http://www.procon.rj.gov.br/arquivos/rel_reclamacao_fundamentada_setembro%202009%20a%20ago%202010.pdf) e Cadastro de 2011 — <http://www.procon.rj.gov.br/ranking.pdf>

## Anexo G

Fluxograma das reclamações dos consumidores ao PROCON-RJ (dados de acordo com a percepção do diretor jurídico da autarquia)



Total de reclamações fundamentadas: 3600

Fonte: entrevista com o diretor jurídico e com a advogada do PROCON-RJ

De acordo com as entrevistas, o PROCON tem hoje: dados sobre contatos do consumidor, e quantos são respondidos ou por informação, ou por acordo com empresa antes de precisar abrir processo administrativo; número de reclamações fundamentadas (setor, empresa, tipo) e a quantidade de acordos feitos. Porém, essas informações não encontram-se sistematizadas.

Foi informado que cerca de metade das reclamações fundamentadas terminam em acordo, sendo que a expectativa é que haja em um ano cerca de 3600 reclamações fundamentadas, de forma que metade delas são resolvidas mediante acordo e na outra metade não há acordo. Portanto, de 1550 casos, metade dos casos, vão para a instância seguinte, que chamam de cartório aqui no RJ, para uma avaliação da questão. Segundo informações prestadas na entrevista, cerca de metade delas, ou seja, 750, possibilitam multa, e o PROCON as aplicou. A outra metade, cerca de 750 também, não possibilita aplicação de multa e são, portanto, arquivadas. Contudo, não obtivemos acesso a todos os dados e números exatos de processos, pois o PROCON carece de um sistema para isso. Eles tem o sistema de reclamações fundamentadas apenas, que é único para todos os PROCONS do país — sistema padronizado do SINDEC.



# Lei de drogas: uma análise prática do controle difuso de constitucionalidade

AMANDA MARTINS SOARES DE OLIVEIRA

JULIANA DANTAS MACHADO

LAHIZ DE MATOS LONGOBARDI

LUANA VIEIRA COELHO GUMES

LUÍS FELIPE ALMEIDA DOS SANTOS

MARIA FERNANDA COSTA PINTO CABRAL DE OLIVEIRA E SOUZA

RAFAEL VIANA DE FIGUEIREDO COSTA

## Introdução

Em 23 de agosto de 2006 foi publicada a Lei 11.343, conhecida como a “Nova Lei de Drogas”, trazendo diversas inovações sobre o tema, sendo algumas destas, tema de discussão.

O presente trabalho tem como objeto dois dispositivos da nova Lei. O primeiro é o artigo 33, § 4<sup>o</sup><sup>1</sup>, o qual trata das hipóteses de diminuição da pena para o crime de tráfico de entorpecentes, vedando a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. O outro é o artigo 44<sup>2</sup>, o qual veda expressamente a concessão de liberdade provisória para o mesmo crime, além de também proibir a substituição da pena, sendo esta referente aos artigos 33, *caput* e § 1<sup>o</sup>, 34, 35, 36 e 37.

Recentemente, foram prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) duas decisões importantes sobre os dispositivos acima citados, alterando significativamente a forma de aplicação dessa lei.

A primeira é referente ao *habeas corpus* 97.256/RS<sup>3</sup>, no qual o STF, em setembro de 2010, declarou incidentalmente inconstitucional a vedação da substituição da pena tratada pelos artigos 33, § 4<sup>o</sup> e 44. Em fevereiro de 2012,

- 
- 1 Art. 33, § 4<sup>o</sup>. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1<sup>o</sup> deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.
  - 2 Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1<sup>o</sup>, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.
  - 3 Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Alexandro Mariano da Silva contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o qual negou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ao paciente, tendo sido este condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes com diminuição da pena na forma do artigo 33, § 4<sup>o</sup> da Lei 11.343/06, sendo esta fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão

seguindo o disposto no artigo 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)<sup>4</sup>, o Senado Federal (SF) editou a Resolução nº. 5, tornando o efeito da referida decisão *erga omnes*.

A outra decisão, proferida em 2012, é relativa ao *habeas corpus* 104.339<sup>5</sup>, na qual a Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 que proibia a concessão da liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. É relevante mencionar que o acórdão deste *habeas corpus* (HC) criou a possibilidade de que os Ministros, quando incitados a deliberar sobre a constitucionalidade do supracitado dispositivo, decidam monocraticamente<sup>6</sup> — sem levar a decisão ao Plenário — devendo adotar o mesmo entendimento deste HC.

Os acórdãos do STF que serão estudados estão relacionados com o controle de constitucionalidade e a possibilidade da emissão de Resoluções pelo Senado, tendo esta a finalidade de tornar os efeitos de uma decisão que tenha sido objeto de controle difuso de constitucionalidade *erga omnes*. Dessa forma, tais temas também serão objetos de análise no referido trabalho, não ficando este restrito apenas ao Direito Penal, mas também explorando temas das demais áreas do Direito, como o Direito Constitucional.

Levando em conta o exposto acima, o objetivo da pesquisa é investigar como os juízes criminais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro têm aplicado os dispositivos já citados da Lei de Drogas depois das duas decisões proferidas pela Suprema Corte e da Resolução do Senado, comparando como se deu a aplicação desses dispositivos antes e depois de tais mudanças.

Partiu-se da hipótese que a maior parte dos juízes não observaria as decisões do STF dotadas apenas de efeito *inter partes* (HC 97.256 e HC 104.339) e que respeitariam a Resolução do Senado, de efeito *erga omnes*, uma vez que, neste caso, há vinculação de todos os juízes.

A motivação para o tema funda-se no fato deste ser relativamente recente, tendo em vista que a nova Lei de Drogas é de 2006, o HC 97.256 de 2010, o HC 104.339 e a Resolução do Senado de 2012. Sendo assim, não se tem

---

em regime fechado de cumprimento. O impetrante contesta a constitucionalidade da vedação contida no § 4º do artigo 33 e na parte final do artigo 44, ambos da nova Lei de Drogas.

4 CRFB-88, Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

5 Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Márcio Da Silva Prado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. O paciente foi preso em flagrante e denunciado pelos crimes previstos no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06, tendo sido vedada a concessão da liberdade provisória com base no artigo 44 da mesma Lei. Sendo assim, alega a inconstitucionalidade da vedação à concessão de liberdade provisória prevista no artigo 44 da nova Lei de Drogas.

6 Código de Processo Civil, artigo 481, parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamiento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

conhecimento de pesquisas publicadas no Brasil que tenham investigado os efeitos destas mudanças na aplicação do Direito Penal brasileiro.

A metodologia de investigação adotada consistiu na análise da Resolução do Senado e dos supracitados *habeas corpus*, bem como da legislação e de textos pertinentes ao tema. Além disso, foram analisadas decisões proferidas pelos juízes das Varas Criminais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Ressalta-se que a metodologia utilizada para o desmembramento e a análise dos mencionados dados será detalhada no decorrer do trabalho.

O trabalho será dividido em duas partes. A primeira, do capítulo 1 ao 3, abordará a nova Lei de Drogas, onde serão explicados os dispositivos 33, § 4º e 44, objetos deste trabalho; os dois acórdãos do STF (HC 97.256 e HC 10.4339); e a Resolução nº 5 do Senado Federal. Já a segunda parte, do capítulo 4 em diante, se restringirá à análise das decisões coletadas das Varas Criminais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, bem como à explicação acerca da metodologia utilizada para delimitação destes dados. Por fim, será apresentada uma conclusão sobre o trabalho realizado.

## 1. A nova lei de drogas

### 1.1 Contexto

A Lei 11.343 entrou em vigor em 08 de outubro de 2006<sup>7</sup>, revogando expressamente as duas leis anteriores — Lei 6.368/76 e Lei 10.409/02.<sup>8</sup>

A nova Lei de Drogas mantém boa parte das condutas previstas nas leis anteriores, mas inova ao adotar uma política criminal mais branda em relação ao usuário. Assim, o artigo 28 da nova Lei tipifica o crime de uso e prevê somente penas socioeducativas para este.<sup>9</sup>

Por outro lado, adotou uma política criminal mais severa em relação ao traficante, aumentando a pena mínima do tráfico de entorpecentes de 3 (três) para 5 (cinco) anos de reclusão<sup>10</sup>. Todavia, prevê, em seu artigo 33, § 4º, uma

7 Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

8 Art. 75. Revogam-se a Lei nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

9 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

10 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou



causa de diminuição da pena ao agente que é primário, de bons antecedentes e que não se dedica às atividades criminais nem integra organizações criminosas.

Uma crítica que se faz a essa Lei é que os verbos utilizados para tipificar o crime de uso (como por exemplo, guardar ou adquirir drogas) são também utilizados para definir o crime de tráfico. Soma-se a isto o fato de que os critérios para determinar se a droga é destinada a consumo pessoal ou ao tráfico — previsto no § 2º do artigo 28<sup>11</sup> — são muito vagos, e assim, o enquadramento em um tipo ou outro pode ser impreciso. O problema prático que pode decorrer desta imprecisão é o usuário ser enquadrado no crime de tráfico, o que agravaria muito sua pena.

Ressalta-se, portanto, que os problemas existentes nessa Lei não se restringem aos que serão aqui trabalhados. No entanto, há que se ater ao objeto deste trabalho. Assim, os próximos itens desse capítulo explicarão os principais pontos dos artigos 33, § 4º e 44 da nova Lei de Drogas.

## 1.2 Vedação à “conversão”<sup>12</sup> da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos está prevista no artigo 44 do Código Penal<sup>13</sup>, o qual determina que esta ocorrerá nas hipóteses listadas nos seus respectivos incisos, conforme disposto no artigo 44.<sup>14</sup>

---

regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

- 11 Art. 28, § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
- 12 Os artigos 33, § 4º e 44 mencionam o termo “conversão”. No entanto, importante mencionar que, segundo o doutrinador Salo de Carvalho, os institutos da “conversão” e da “substituição” são considerados diferentes. O autor explica que conversão refere-se ao artigo 180 da Lei de Execução Penal, que prevê que a pena privativa de liberdade não superior a dois anos poderá ser convertida em pena restritiva de direitos desde que o condenado a esteja cumprindo em regime aberto, tenha sido cumprida pelo menos ¼ da pena e os antecedentes e personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável. Em contrapartida, o instituto da substituição está relacionado ao artigo 44 do Código Penal. Porém, confere ressaltar que o HC 97.256/RS que será detalhado ao longo do trabalho, bem como Guilherme Nucci e José Paulo Baltazar Junior, doutrinadores respeitados, utilizam os termos como sinônimos. Assim, o trabalho também os utilizará desta forma. (Ver: BALTAZAR Junior, José Paulo. Crimes Federais. 7ª ed. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 845; NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. 4ª ed. ampliada, atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. — Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 245 — 246).
- 13 Lei 2.848 de 1940, alterada pela Lei 9.714 de 1998.
- 14 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Conforme se pode depreender da leitura do artigo supracitado, primeiramente, há que se averiguar a pena aplicável ao crime. Sendo esta igual ou menor a 4 (quatro) anos, tendo sido praticado o crime sem violência ou grave ameaça e não sendo o réu reincidente, far-se-á uma análise do caso concreto, conforme o inciso III, para justificar se a substituição é suficiente, ficando esta análise a critério do juiz natural da causa, o qual aferirá seu cabimento sob a perspectiva da subjetividade do agente, estando amoldado ao princípio da individualização da pena.<sup>15</sup>

Analisando a substituição da pena para o crime de tráfico de entorpecentes do artigo 33 da Lei de Drogas, constata-se que este não pode ser aplicado, uma vez que o crime prevê pena mínima de 5 (cinco) anos<sup>16</sup>, e a substituição só é cabível para crimes dolosos cuja pena seja de até 4 (quatro) anos. Entretanto, o § 4º do artigo 33 da nova Lei é uma exceção, trazendo hipóteses de diminuição da pena.

Desta forma, o réu que se enquadrar na hipótese acima poderá ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços, sendo possível chegar a uma pena inferior a 4 (quatro) anos (mínimo de 1 ano e 8 meses), situação em que caberia substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, segundo o disposto no artigo 44 do Código Penal.

No entanto, o § 4º do artigo 33 veda expressamente a substituição da pena, gerando debate acerca da sua constitucionalidade, tendo em vista o princípio da individualização da pena.

Neste mesmo sentido, apresenta-se o artigo 44 da nova Lei de Drogas, que também veda a substituição da pena, e, por isso, também é objeto de debate no mundo jurídico. Contudo, este dispositivo não proíbe a substituição da pena somente para o crime de tráfico de entorpecentes do artigo 33, caput e § 1º, mas também para os crimes previstos nos artigos 34, 35, 36 e 37 da Lei de Drogas.

### 1.3 Vedação à concessão da liberdade provisória

Conforme já fora mencionado anteriormente, a nova Lei de Drogas veda expressamente, em seu artigo 44, a concessão da liberdade provisória para os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, 34, 35, 36 e 37.

15 CRFB-88, Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

16 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Os temas da liberdade provisória e da prisão preventiva são abordados pelo Código de Processo Penal (CPP)<sup>17</sup>, o qual teve dispositivos relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares substancialmente alterados pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 (Lei de Medidas Cautelares). É relevante mencionar que quando a Lei de Drogas foi instituída, as alterações do CPP ainda não estavam em vigor.

A vedação à concessão da liberdade provisória trazida pela Lei de Drogas implica dizer que, para os crimes listados no artigo 44, o juiz sempre terá de decretar a prisão preventiva, sem analisar as circunstâncias do caso concreto.

Todavia, não é essa a regra geral disposta no Código de Processo Penal, segundo o qual a prisão preventiva é uma exceção à liberdade provisória, podendo ocorrer, apenas, nos casos dispostos no artigo 312.<sup>18</sup>

Sendo assim, a prisão preventiva só poderá ser decretada quando for necessária para a manutenção da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, para garantir a aplicação da lei penal, bem como em caso de descumprimento de obrigações impostas por outras medidas cautelares. Importante ressaltar que a decisão que decretar a prisão preventiva terá de ser devidamente fundamentada, conforme disposto no artigo 315 do CPP.<sup>19</sup>

A liberdade provisória é, portanto, um direito do acusado, sendo necessário concedê-la se os requisitos citados acima não se encontrarem no caso concreto.<sup>20</sup>

Cabe destacar, também, que a liberdade provisória é assegurada pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LXVI, que dispõe que “(...) ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (...)”.

É possível observar, pois, que a vedação à liberdade provisória do artigo 44 da Lei de Drogas é contrária à regra geral do CPP e à Constituição.

17 Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941.

18 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

19 Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

20 Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

#### 1.4 Aumento na população carcerária nacional

Alguns autores acreditam que as vedações da Lei de Drogas explicitadas anteriormente possam ter afetado diretamente o sistema carcerário nacional. Segundo os professores Pedro Abramovay e Caroline Haber<sup>21</sup>, é provável que exista uma relação da nova Lei de Drogas com o aumento da população carcerária nacional, hipótese baseada em dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Os professores compararam os dados da DEPEN do ano 2007 com os de 2010, analisando os tipos penais mais frequentes na composição da população carcerária nacional. Assim, observou-se que, em 2007, o tráfico de entorpecentes, somando 64.494 mil presos na composição carcerária, apareceu em segundo lugar no ranking nacional (16,7% do total). Já em 2010, passou para o primeiro lugar do ranking, somando 100.411 mil presos (50,4% total), representando um aumento em mais de 62,5% em relação ao ano de 2007.

Assim, levando em consideração que o aumento da população carcerária entre 2007 e 2010 foi de 17,4%, chegando a um total, em dezembro de 2010, de 496.251 mil presos, e analisando os dados de crescimento dos demais tipos penais, os autores concluem que o crime de tráfico de drogas foi um dos principais responsáveis pelo aumento da população carcerária brasileira neste período.

Nota-se que os professores ressaltam que não é possível apontar, certamente, fatores determinantes que expliquem esse aumento, mas pode-se criar uma correlação entre esse aumento e a Lei 11.343/06 de 2006, devido, por exemplo, à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos e à vedação à concessão de liberdade provisória, vedações estas que não existiam nas leis anteriores.

#### 2. *Habeas corpus* 97.256 de 1º de setembro de 2010

A Lei 11.343/06 tem sido objeto de amplo debate, principalmente no que se refere ao § 4º do artigo 33 e a expressão final do artigo 44. Tal debate ganhou novas diretrizes com a chegada do HC 97.256/RS ao STF, onde se discutiu a inconstitucionalidade da vedação à conversão em penas restritivas de direitos contidas nestes dispositivos.

O HC em questão foi impetrado no STF contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual, com base nestes artigos, negou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tendo condenado o

21 ABRAMOVAY, Pedro Vieira; HABER, Carolina. “Velhos problemas e novos desafios do sistema prisional brasileiro”.

paciente pelo delito de tráfico de entorpecentes com pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, sob regime fechado de cumprimento e sanção de 160 dias-multa.

Os principais argumentos da defesa foram no sentido de que a vedação dos referidos artigos ofende as garantias constitucionais da individualização da pena<sup>22</sup>, da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito<sup>23</sup> e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito cometido<sup>24</sup>.

O STE, então, foi chamado a decidir incidentalmente sobre a constitucionalidade das vedações dos dispositivos citados.

Os Ministros divergiram quanto à constitucionalidade dos referidos artigos. Aqueles que votaram pela constitucionalidade dos artigos em questão<sup>25</sup> levantaram diversos argumentos. O principal deles é referente ao princípio da individualização da pena: o entendimento é que, caso se considerasse que a vedação dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei de Drogas violam o princípio da individualização da pena, ter-se-ia que considerar que o artigo 44 do Código Penal também viola, uma vez que este limita a individualização da pena ao estabelecer o limite máximo de 4 (quatro) anos para a conversão da pena. Neste sentido, os Ministros acreditam que não seria razoável supor que o juiz pudesse escolher a pena que melhor entendesse sem qualquer limitação legal. Portanto, defendem que a vedação feita pela Lei 11.343/06 respeita o princípio da individualização da pena por observar a proporcionalidade, levando em consideração a gravidade de que a sociedade atribui ao crime em questão.

Já os Ministros que argumentaram pela inconstitucionalidade<sup>26</sup> o fizeram utilizando o mesmo fundamento: de que os dispositivos da Lei de Drogas ofendiam o princípio da individualização da pena. Entenderam que, embora a CRFB-88 não regule as condições e requisitos da individualização da pena, tendo convocado o legislador a fazê-lo, não significa que o princípio não possua eficácia imediata. Para sustentar esta tese, apresentaram doutrina e jurisprudência no sentido de sua eficácia e de que o legislador não poderia subtrair do juiz natural a função de aplicar a pena ao caso concreto, levando em consideração suas particularidades. Neste sentido, argumentaram: “(...) é vedado subtrair da

22 Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

23 Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

24 Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

25 Os Ministros que votaram pela constitucionalidade foram: Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

26 Os Ministros que votaram pela inconstitucionalidade foram: Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”.<sup>27</sup>

Diante disso, foi decidido, por maioria, pela inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, conforme transcrito abaixo:

Concedo a ordem para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/06, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Equivale a dizer: declaro incidentalmente inconstitucional, com efeito *ex nunc* (na linha do entendimento firmado no HC 82.959/SP, julg. cit.), a proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.<sup>28</sup>

### 3. Resolução do Senado Federal nº. 5 de 2012 (RSF 5/2012)

Em 21 de fevereiro de 2011, o STF enviou um ofício<sup>29</sup> ao Presidente do Senado Federal solicitando que este, seguindo a atribuição do artigo 52, inciso X, da CR-BF-88<sup>30</sup>, estendesse os efeitos do acórdão do HC 97.256, tornando-o *erga omnes*.

Embora o referido acórdão tenha declarado a inconstitucionalidade de parte do artigo 33, § 4º e do artigo 44 e, inclusive, o ofício enviado pelo STF os mencionasse expressamente, o Senado Federal deu efeito *erga omnes* apenas à declaração de constitucionalidade do artigo 33, § 4º.

No parecer nº. 1.492 de 2011 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal<sup>31</sup>, o Senador Demóstenes Torres relatou que a atribuição do artigo 52, X da CRFB-88 é facultativa, não estando o Senado Federal vinculado à decisão do STF. Por este motivo, o Senado poderia decidir pela não edição do decreto legislativo, bem como pela sua edição com alcance parcial da declaração de inconstitucionalidade do STF.

Com base nestes argumentos, o Senado Federal editou, em 15 de fevereiro de 2012, a Resolução nº. 5<sup>32</sup>, abrangendo apenas a declaração de inconstitucionalidade referente ao artigo 33, § 4º, que passou a ter efeito *erga omnes*, e manteve o artigo 44 plenamente eficaz.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256/RS - Rio Grande do Sul. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. P. 137.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256/RS - Rio Grande do Sul. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. P. 151 — 152.

29 Vide anexo A e B.

30 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

31 Vide anexo C

32 Vide anexo D.

#### 4. *Habeas corpus* 10.4339 de maio de 2012

Neste HC — impetrado contra acórdão do STJ que negou liberdade provisória ao paciente, enquadrado nos crimes dispostos nos artigo 33, *caput c/c* o artigo 40, III, ambos da Lei de Drogas —, o STF analisou a constitucionalidade da vedação à concessão da liberdade provisória, disposta no artigo 44 da Lei de Drogas.

A decisão do STF não foi unânime. Os Ministros vencidos<sup>33</sup> defenderam a constitucionalidade do artigo 44 por entender que o legislador optou por instituir esta vedação (liberdade provisória) como forma de impedir o crescimento e o mal decorrente do tráfico de drogas, sob o contexto da sociedade brasileira.<sup>34</sup>

Os Ministros que votaram pela inconstitucionalidade<sup>35</sup> do artigo em questão, sustentaram que a regra expressa na lei é contrária ao princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal. Defenderam, também, que a vedação do artigo 44 é incompatível com o regime que a Constituição de 1988 instaurou, em que a liberdade deve ser a regra e a prisão deve exigir comprovação devidamente fundamentada, constituindo a exceção. Ademais, entendem que cabe ao Magistrado, e não ao legislador, o dever de averiguar se, no caso concreto, encontram-se ou não hipóteses que justifiquem a prisão cautelar.

Por fim, por sugestão do relator, Ministro Gilmar Mendes, o Plenário decidiu que os membros da Corte poderão tomar decisões monocráticas em casos semelhantes a esse, podendo, individualmente, aplicar este entendimento, seguindo o disposto no parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil. Tal entendimento permite também que juízes de instâncias inferiores decidam incidentalmente sobre a constitucionalidade de forma monocrática.

Tais fatos aproximam o controle difuso de constitucionalidade do concentrado, uma vez que todos os Ministros do Supremo estão vinculados a este entendimento.

33 Os Ministros vencidos foram: Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio.

34 É interessante mencionar que o Ministro Joaquim Barbosa, embora tenha decidido pela constitucionalidade do dispositivo questionado, optou pela concessão do HC ao impetrante alegando que houve falta de fundamentação na prisão do indivíduo também defendia a constitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/2006, mas optou pela concessão do *Habeas Corpus* alegando que houve falta de fundamentação na prisão do indivíduo, observando o disposto no artigo 315 do CPP. Já o Ministro Marco Aurélio, que também votou pela constitucionalidade da vedação, optou pela concessão do HC ao tomar conhecimento de que o ora paciente já estava sendo mantido em prisão há quase três anos sem que houvesse nenhuma decisão definitiva, pois havia, claramente, excesso de prazo na prisão cautelar.

35 Os Ministros vencedores foram: Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, e Rosa Weber.

## 5. Análise dos dados

### 5.1 Metodologia

Esta parte do trabalho é dedicada à explicação da metodologia empregada na análise de dados realizada, os quais foram obtidos com a ajuda da Professora Leila Mariano, desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

No dia 12 de setembro de 2012, teve-se acesso a um CD<sup>36</sup> contendo todas as decisões de 1ª instância do Estado do Rio de Janeiro, de 2010 até agosto de 2012, que mencionavam a Lei de Drogas. As decisões totalizaram 51.306 (cinquenta e um mil e trezentos e seis).

Devido à escassez de tempo, foi necessário delimitar o material a ser utilizado. Dessa forma, optou-se por analisar apenas as decisões das Varas Criminais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, totalizando vinte e nove varas e 8.145 (oito mil cento e quarenta e cinco) decisões<sup>37</sup>.

Uma vez que o escopo da pesquisa era apenas o artigo 33, § 4º e o artigo 44 (o qual envolve também os artigos 34, 35, 36 e 37 da nova Lei de Drogas), excluíram-se da análise todas as decisões que não se referiam a esses casos. Importante ressaltar que o artigo mais descartado foi o 28, o qual se refere à posse de drogas para consumo pessoal.

Após excluir todas as decisões não relativas aos artigos supracitados, deu-se início a um filtro de pesquisa. Através da ferramenta “localizar”, buscou-se os seguintes termos: artigo 44, art. 44, art 44, artigo 33 § 4, art 33 § 4, liberdade provisória, artigo 33 p. 4, Supremo, STF, restritiva, prisão preventiva, substituição da pena, conversão. A explicação para isto reside no fato de que cada juiz mencionava os dispositivos de uma maneira distinta, e caso não fossem utilizados vários filtros, perder-se-iam muitas decisões que tratavam da matéria estudada.

Após esta etapa, organizaram-se as decisões por assunto, separando-as em dois grupos: as decisões referentes ao artigo 33, § 4º e parte final do artigo 44 em um arquivo; e as decisões referentes à vedação da liberdade provisória em outro. O passo seguinte foi colocar as decisões em ordem cronológica, de modo a facilitar a visualização destas de acordo com os marcos temporais escolhidos<sup>38</sup>. A utilização de tais marcos temporais foi de suma importância para a verificação da hipótese apresentada.

36 Os arquivos contidos no CD estavam no formato *Excel* e eram divididos em Varas.

37 É importante ressaltar que, no arquivo recebido, as varas 1, 3 e 48 não continham nenhuma sentença relacionada à Lei de Drogas. Não se sabe se isso foi ocasionado por um equívoco de quem preparou o arquivo, ou se realmente não havia nenhum caso envolvendo a referida lei nas Varas supracitadas.

38 O primeiro marco temporal é referente ao HC 97.256 que data de 1º de setembro de 2010. O segundo refere-se ao HC 104.339, de 04 de maio de 2012. Por fim, o terceiro consiste na data da edição da Resolução nº. 5 do Senado, de 15 de fevereiro de 2012.



Nesta etapa, utilizaram-se perguntas para determinar o posicionamento dos juízes antes e depois dos marcos temporais.

As perguntas utilizadas para orientar a análise da vedação à substituição da pena foram: (i) “Antes da decisão do STF os juízes aplicavam a vedação do artigo 33, § 4º e da parte final do artigo 44?”; (ii) “Depois da decisão do STF os juízes continuaram aplicando a vedação do artigo 33, § 4º e da parte final do artigo 44?”; (iii) “Depois da Resolução do Senado Federal os juízes continuaram aplicando a vedação do artigo 33, § 4º e da parte final do artigo 44?”.

Já as perguntas utilizadas para auxiliar a análise da vedação à concessão de liberdade provisória foram: (i) “Antes da decisão do STF os juízes aplicavam a vedação do artigo 44?”; (ii) “Depois da decisão do STF os juízes continuaram aplicando a vedação do artigo 44?”.

Além destas perguntas, ao examinar o conteúdo das sentenças, destacou-se os argumentos considerados interessantes para a elaboração do trabalho. Desta forma, é possível explicar com mais clareza como os juízes se posicionaram.

Os próximos itens contêm as respostas das perguntas citadas acima, as quais serão expostas em gráficos, além de observações acerca dos resultados destes dados.

## 5.2 Análise sobre aplicação da vedação à substituição da pena

Antes de começar o estudo dos dados, atenta-se para o fato de que a palavra “NÃO” refere-se aqueles juízes que substituíram a pena, ou seja, não respeitaram a vedação legal do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06. A palavra “SIM”, por sua vez, trata daqueles Magistrados que não substituíram a pena, respeitando a vedação do artigo.

No gráfico<sup>39</sup>, pode-se perceber que 67% dos juízes agem de acordo com o artigo analisado, isto é, não convertem a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Já em outro gráfico<sup>40</sup>, nota-se que houve um crescimento de 44% das decisões que substituíram a pena privativa de liberdade por restritiva de direito após o HC 97.256 do STF, em setembro de 2010. Mesmo assim, alguns continuavam a não aplicar tal conversão, sem levar em consideração o entendimento proferido pela Corte.

Por fim, após a Resolução do Senado Federal, 100% dos juízes passaram a conceder a substituição da pena<sup>41</sup>. Isso significa que eles respeitaram o entendimento da Casa Legislativa.

39 Vide anexo G, gráfico 1.

40 Vide anexo G, gráfico 2.

41 Vide anexo G, gráfico 3.

### ***5.2.1 Análise dos argumentos das decisões proferidas antes do HC e antes da Resolução do Senado***

A juíza de Direito da 21ª Vara Criminal converteu a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, quando o artigo 33, § 4º vedava tal conversão. Ademais, observa-se que ela converte a pena ao mesmo tempo em que cita o artigo, o que demonstra uma contradição por parte da Magistrada.

O outro juiz da 41ª Vara Criminal optou por não fazer a conversão, mesmo sendo o réu primário, não havendo a comprovação de prática ou integração em alguma organização criminosa. Sendo assim, o juiz aplicou as condições presentes no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas.

### ***5.2.2 Análise dos argumentos das decisões depois do HC e antes da Resolução do Senado***

Como já foi dito, o número de decisões que concederam a conversão sofreu um aumento. Aqueles juízes que concederam o benefício fundamentaram as suas sentenças com base no princípio da individualização da pena, primariedade do réu, a ausência de maus antecedentes, bem como por não haver informações de que a parte era membro de organizações criminosas. Seguindo este raciocínio, o juiz da 42ª Vara Criminal concedeu a substituição, já que se tratava de tráfico diferenciado.

Em relação aos juízes que não concederam a substituição da pena, observa-se mais uma vez uma decisão do Magistrado da 42ª Vara Criminal, desta vez, diferentemente da anterior, não substituindo a pena, pois o réu era reincidente.

Contudo, nota-se que do total de juízes, apenas os das Varas de número 11 e 40 citam expressamente a decisão do STF e, além disso, apenas 29% das decisões proferidas depois do HC o mencionam.

Tendo em vista o princípio da individualização da pena e com esteio em recentes decisões proferidas por nossos Tribunais Superiores, substituo a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Decisão proferida pelo juiz da 40ª Vara Criminal sobre tráfico de drogas e condutas afins, em 07 de junho de 2011.

### 5.2.3 Análise dos argumentos das decisões depois da Resolução do Senado

Por meio do gráfico 3<sup>43</sup>, nota-se que depois da Resolução do Senado, todos os juízes passaram a converter a pena. Porém, nota-se que nem todos citaram a Resolução do Senado, apenas o juiz da 40ª Vara Criminal.

### 5.3 Análise sobre a aplicação da vedação à concessão da liberdade provisória

O gráfico 4<sup>44</sup> informa o número de decisões deliberadas pelos juízes antes do *habeas corpus* nº. 104.339.

A palavra “NÃO” refere-se aqueles juízes que concederam a liberdade provisória, isto é, não aplicaram a vedação do artigo 44 da Lei de Drogas. A palavra “SIM”, por outro lado, refere-se aos Magistrados que decidiram em consonância com o citado acima.

Observa-se que no período analisado, de janeiro de 2010 até maio de 2012, 91% dos juízes não concederam a liberdade provisória aos réus.

Continua-se então a análise, mas agora em relação ao gráfico 5<sup>45</sup>, que traz as decisões proferidas pelos juízes após o HC.

Aduz-se que a palavra “NÃO” representa aqueles juízes que facultaram aplicar a liberdade provisória, isto é, aqueles que agiram em consonância com a decisão do STF. Por outro lado, a palavra “SIM” compreende aqueles juízes que continuaram aplicando a vedação à liberdade provisória, apesar da decisão da Corte. Observa-se, então, que 88% dos juízes não concederam o benefício e 12% concederam.

Após as visualizações de todos os gráficos, podem-se traçar algumas considerações. A primeira delas é a de que nos dois períodos de tempo em análise, percebeu-se que o número de juízes que agem de acordo com o artigo 44 é consideravelmente superior àqueles que concederam a liberdade provisória. Contudo, não se pode deixar de salientar que dentre um período e outro, houve um crescimento de 25% das decisões favoráveis aos réus.

É interessante observar também que, em algumas varas, a quantidade de decisões que negavam a concessão de liberdade provisória diminuiu. O mesmo ocorreu na 16ª Vara, onde o número de decisões concedendo o benefício tornou-se superior ao número de vedações. Entretanto, em outras varas, a liberdade provisória continuou não sendo concedida, mesmo após a decisão do STF.

43 Anexo G, gráfico 3.

44 Anexo G, gráfico 4.

45 Anexo G, gráfico 5.

Para melhor entendimento destas alegações, foram escolhidas algumas Varas que exemplificam as situações citadas acima.

O gráfico 6<sup>46</sup> refere-se à 21ª Vara Criminal. Nota-se que houve um acréscimo de 10% das decisões que concediam a liberdade provisória, e uma diminuição de 5% daquelas que vedavam.

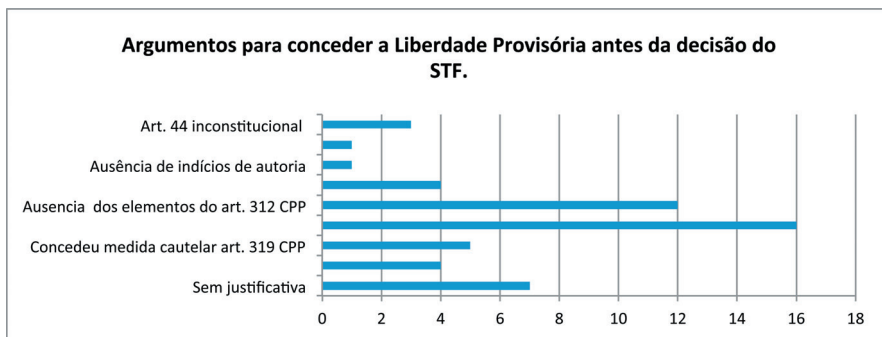
Já o gráfico 7<sup>47</sup> refere-se 16ª Vara Criminal. Nesta, observa-se que depois da decisão do Supremo, o juiz concedeu mais liberdade provisória do que negou. Logo, houve um crescimento de 62% nas sentenças benéficas e uma queda de 44% nas de sentido contrário.

Por fim, sobre o gráfico 8<sup>48</sup>, que é relacionado à 28ª Vara Criminal, nota-se que tanto antes quanto depois da decisão do STF, o Magistrado continuou a negar de maneira irredutível a concessão da liberdade.

Por fim, concluiu-se que alguns juízes que já não costumavam conceder o benefício da liberdade provisória, mantiveram seu entendimento neste sentido, apesar da decisão proferida pelo STF.

### 5.3.1 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOS JUÍZES QUE CONCEDERAM A LIBERDADE PROVISÓRIA ANTES DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS Nº. 104.339/SP

O objetivo deste tópico é realizar uma análise dos argumentos proferidos pelos Magistrados para fundamentar as decisões de concessão da liberdade provisória antes da decisão do STF.



<sup>46</sup> Anexo G, gráfico 6.

<sup>47</sup> Anexo G, gráfico 7.

<sup>48</sup> Anexo G, gráfico 8.

Com base no gráfico acima, pode-se notar que os argumentos mais proferidos pelos juízes foram: (i) presença dos elementos subjetivos, isto é, o réu possuía endereço fixo, praticava atividade laborativa lícita e não tinha antecedentes criminais; (ii) ausência dos elementos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>49</sup>; e (iii) concessão da medida cautelar ao invés da pena restritiva de liberdade. No entanto, alguns juízes concederam a liberdade provisória, mas não deram nenhuma justificativa para tanto. E, além disso, identifica-se também que alguns Magistrados concederam o benefício ao entenderem que o réu não seria um traficante, mas sim usuário, logo, encontrava-se na posição de merecedor da liberdade pleiteada.

Agora, chega-se ao segundo passo, que consiste em demonstrar e comentar os argumentos mais interessantes das decisões analisadas.

O primeiro argumento em destaque, é o do Juiz titular da 31ª Vara Criminal, que baseou sua decisão na seguinte passagem:

(...) A vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06 é inconstitucional, uma vez que afronta os princípios da individualização das condutas e da presunção de inocência, de sorte que não deve ser observada, em especial quando não há nos autos qualquer elemento informativo idôneo que indicié o envolvimento do réu com facções criminosas organizadas para fins de praticar crime de tráfico ilícito de entorpecentes (...) <sup>50</sup>.

Acompanhando o entendimento proferido acima, o Juiz da 11ª Vara Criminal e o da 43ª também mencionam a inconstitucionalidade do art. 44, e completam o argumento ao citar o entendimento da Ministra Ellen Gracie no HC 97.579, onde esta alega justamente a inconstitucionalidade de tal artigo <sup>51</sup>.

A segunda fundamentação a ser evidenciada foi usada, também, pelo juiz da 11ª Vara Criminal, que baseou sua sentença na alegação de que a presunção de inocência é uma característica do Estado Democrático de Direito <sup>52</sup>.

49 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

50 Processo nº. 0152564-73.2011.8.19.0001 da 31ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

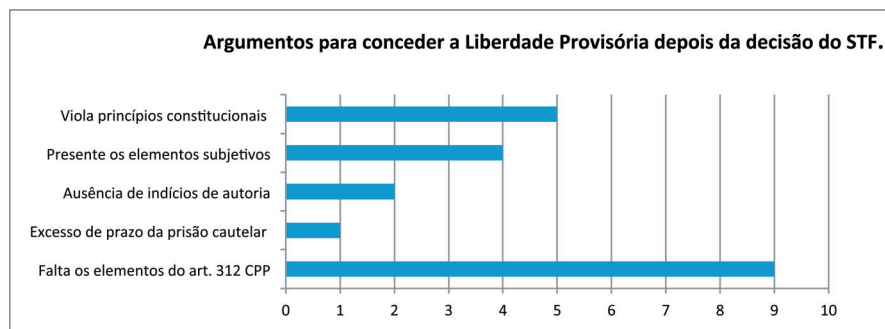
51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.579/MT. Relatório original da Ministra Ellen Gracie.

52 “ (...) Cumpre registrar que, no caso em exame, inexistem dados concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar. A liberdade do acusado não é capaz de produzir danos à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal. De igual sorte, não se pode presumir que o acusado em liberdade voltará a delinquir, pois, no Estado Democrático de Direito, em matéria penal, a única presunção constitucionalmente adequada é a de inocência. Encontra-se superada a quadra histórica que admitia a prisão processual em nome de uma “presunção de periculosidade”. Frise-se que a prisão provisória não pode significar antecipação de pena (...).”

Com base nisto, pode-se inferir que alguns Magistrados da capital, antes mesmo do HC nº. 104.339/SP, consideravam o artigo 44 da Lei de Drogas inconstitucional, e para fundamentar tal entendimento, alegavam que esse artigo feria o princípio constitucional já citado anteriormente da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, não condizendo com o Estado Democrático de Direito.

### **5.3.2 Análise dos argumentos dos juízes que concederam a liberdade provisória depois da decisão do Habeas Corpus nº 104.339/SP**

Passa-se a analisar a fundamentação das sentenças após a decisão que declarou inconstitucional a expressão “vedação da liberdade provisória” presente no artigo 44 da Lei 11.343/2006. Sendo assim, o primeiro passo é demonstrar os argumentos que mais apareceram nas decisões e, logo após, destacar aqueles que mais chamaram a atenção. Por fim, será verificado se os Magistrados citam ou não o HC em tela.

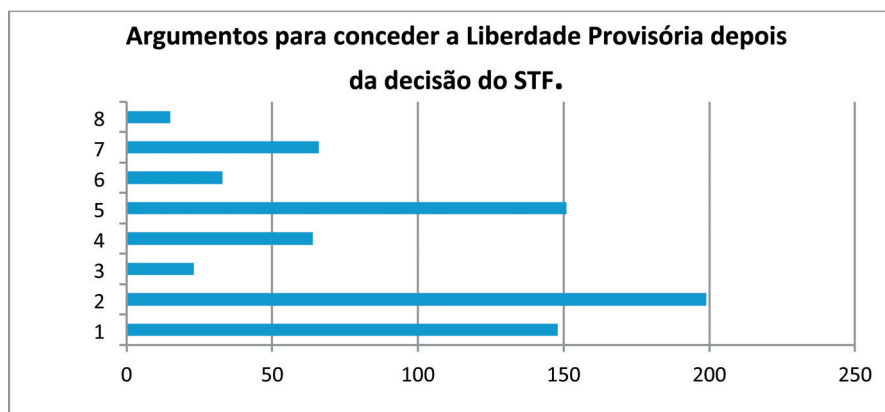


Com base no gráfico acima, pode-se inferir que os argumentos mais utilizados pelos juízes para conceder a liberdade provisória foram: (i) falta dos elementos presentes no artigo 312 CPP; (ii) violação de princípios constitucionais, como por exemplo, o da proporcionalidade da pena, da dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência; (iii) presença dos elementos subjetivos. Após análise geral dos argumentos, vale ressaltar aquele que mais destoou dentre os demais, foi proferido pelo Juiz da 43ª Vara Criminal, já que este mencionou expressamente a decisão do STF:

Registre-se que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 104.339/SP, “por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão ‘liberdade provisória’, constante do caput do artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006”.

Observa-se que o Juiz da 43ª Vara Criminal mencionou a decisão do STF acima em outras cinco sentenças, enquanto que os outros juízes basearam-se em outros argumentos conforme demonstrado no gráfico acima. Sendo assim, constatou-se que 23% das decisões faziam referência ao HC 104.339, enquanto que os 76% restantes traziam outros tipos de argumentos.

### 5.3.3 Análise dos argumentos dos juízes que não concederam a liberdade provisória antes da decisão do Habeas Corpus nº 104.339/SP



1. Oferece risco a ordem pública e/ou a garantia da aplicação da lei penal, mas não cita o art. 312 CPP; 2. Presente os elementos do art. 312 CPP e o cita expressamente; 3. As características subjetivas não possuem o condão por si só de garantir a liberdade provisória; 4. Não houve mudança no quadro fático que ensejou a prisão; 5. Cita o artigo 44 da Lei de Drogas; 6. Sem argumentação concreta; 7. Tráfico equiparado a crime hediondo; 8. Art. 5º XLII CRF.

Observa-se que a fundamentação mais proferida pelos Magistrados foi de que a vedação da liberdade provisória, ao indivíduo acusado de tráfico, seria uma forma de manter a ordem pública e/ou garantir a aplicabilidade da lei penal. Tais pressupostos estão presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal. Contudo, nota-se que grande parte não se refere expressamente a tal arti-

go, apenas a seu texto. Outra característica das decisões é de que os juízes fazem uma análise subjetiva do agente e não objetiva dos fatos, ou seja, eles entendem que o indivíduo que comete o crime de tráfico necessariamente voltará a delinquir, e que o crime em estudo é “extremamente grave” e tem “efeitos nefastos no seio da sociedade fluminense”.

Outro argumento bastante utilizado pelos juízes das Varas estudadas, foi de que as características subjetivas dos réus, como por exemplo, bons antecedentes, emprego fixo e atividade laborativa lícita e residência fixa, não constituem por si só critérios para conceder a liberdade provisória. Para embasar tal fundamentação, os Magistrados mencionaram vários *habeas corpus*, alguns do STF e outros do Superior Tribunal de Justiça<sup>53</sup>. Além disso, uma parte considerável dos juízes entende que a vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/06, combinada com o artigo 5º XLIII da CRF/88, criam uma circunstância de não aplicabilidade da liberdade provisória.

Dentre todas as decisões estudadas, algumas se destacaram em relação a outras, são elas:

(...) por fim, cabe ressaltar que não há que se falar em afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto a própria Constituição prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária (art. 5º, LXI)<sup>54</sup>.

(...) e ao passo do resguardo da ordem pública, se o fato em concreto imputado à paciente revela uma periculosidade social (...). É pacífico na jurisprudência das altas Cortes do país o entendimento de que a vedação expressa constante do no art. 44 da Lei nº 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em razão do obstáculo contido no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade da referida infração penal (...) <sup>55</sup>.

(...) prisão preventiva do réu, de natureza processual, objetiva garantir a aplicação da lei penal e a execução provisória do julgado, não dizendo respeito ao reconhecimento da culpabilidade. O inciso LXI do art. 5º, da Constituição prevê hipóteses de prisão cautelar, tornando constitucio-

53 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 93.229/SP. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJU de 25/04/08; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 83.331/SP. Relatora: Ministra Maria Tereza de Assis Moura. DJU de 22/04/08; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 85.261/SP. Relator: Ministro Napoleão Maia Filho, DJU de 07/04/08.

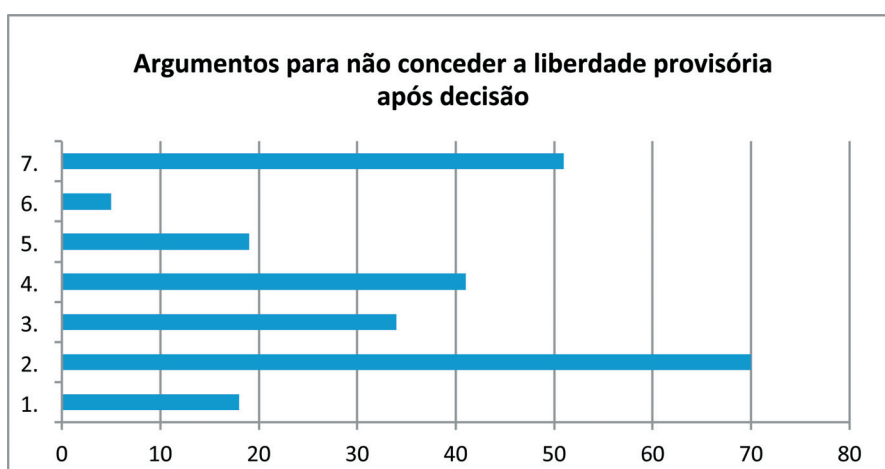
54 Decisão proferida pelo juiz da 11ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, em 05/03/2012.

55 Decisão proferida pelo juiz da 16ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, em 04/03/2011.



nais as normas da legislação ordinária que dispõem sobre a prisão processual (...) a presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º, LXI)<sup>56</sup>.

#### 5.3.4 Análise dos argumentos dos juízes que não concederam a liberdade provisória depois da decisão do Habeas Corpus nº 104.339/SP pelo STF



1. Oferece risco a ordem pública e/ou a garantia da aplicação da lei penal, mas não cita o art. 312 CPP; 2. Presente os elementos do art. 312 CPP e o cita expressamente; 3. As características subjetivas não possuem o condão por si só de garantir a liberdade provisória; 4. Não houve mudança no quadro fático que ensejou a prisão; 5. Cita o artigo 44 da Lei de Drogas; 6. Sem argumentação concreta; 7. Tráfico equiparado a crime hediondo.

Como se observa no gráfico acima, os argumentos mais pertinentes a não concessão da liberdade provisória, após decisão do HC 104.339, são os concernentes a presença dos elementos previstos no artigo 312 do CPP (artigo citado de forma expressa nas sentenças), bem como a equiparação do crime previsto no artigo 33 ao crime hediondo, evidenciando-se seu elevado grau de periculosidade para a sociedade.

<sup>56</sup> Decisão proferida pelo juiz da 28ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro.

Ademais, outro argumento importante a ser mencionado é o da citação a vedação expressa à liberdade provisória, contida no artigo 44 da Lei de Drogas, o que comprova nitidamente que os Magistrados não acompanham o entendimento do STF acerca da inconstitucionalidade da inconceptibilidade à concessão de liberdade.

Dentre todas as decisões analisadas, algumas se destacaram por trazerem argumentos bem precisos e fulgentes com o grau elevado de complexidade das situações, a saber:

[...] tenho que se encontram presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, a teor do que estatuem os Arts”. 282 e 312 a 315 do CPP, com a redação que lhes atribuiu a Lei 12.403/2011, que deverá ser decretada, in casu, para resguardar a ordem pública, bem como para garantir a realização da instrução criminal.<sup>57</sup>

Ademais, no que tange ao crime de tráfico de entorpecentes, existe vedação legal no que tange à concessão de liberdade provisória ou de fiança neste tipo de delito, de acordo com os Arts. 44, da Lei 11.343/06[...].<sup>58</sup>

Desta forma, se avalia que os juízes empregam os mesmos argumentos para não outorgarem a liberdade provisória.

## 6. Conclusão

A hipótese elaborada no início da pesquisa sugeria que a maior parte dos juízes não observaria as decisões do Supremo Tribunal Federal dotadas apenas de efeito *inter partes* (HC 97.256 e HC 104.339). Além disso, sugeria também que eles respeitariam a Resolução do Senado, de efeito erga omnes.

A partir da análise dos gráficos expostos ao longo do trabalho referentes às decisões posteriores ao HC 97.256/RS, é possível notar que uma porcentagem considerável de juízes deixou de aplicar a vedação do artigo 33, § 4º e da parte final do artigo 44 da Lei de Drogas. No entanto, muitos juízes continuaram aplicando a vedação à substituição da pena, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade deste acórdão do STF teve efeito apenas *inter partes*.

Sendo assim, alguns réus primários e de bons antecedentes, por exemplo, gozavam de tal benefício sendo que outros, com as mesmas características, não. Essa situação viola o princípio da proporcionalidade e da igualdade, na medida em que pessoas que cometeram os mesmos crimes nas mesmas condições tive-

57 Decisão proferida pelo juiz da 16ª Vara Criminal, em 03 de julho de 2012.

58 Decisão proferida pelo juiz da 16ª Vara Criminal, em 30 de julho de 2012.

ram a tratamentos distintos. Após a Resolução do Senado, esse quadro fático mudou substancialmente, visto que 100% dos juízes passaram a conceder a substituição da pena.

Em relação às decisões referentes ao artigo 44 da Lei de Drogas, nota-se que, após o HC 104.339/SP, houve um aumento na porcentagem dos juízes que concederam a liberdade provisória, contudo, esse aumento não foi homogêneo.

Desta forma, nota-se que a hipótese formulada foi parcialmente confirmada, uma vez em relação aos acórdãos dotadas de efeito *inter partes* houve um aumento no número de decisões que concederam os benefícios. Já quanto à Resolução do Senado dotada de caráter *erga omnes*, os juízes modificaram seus posicionamentos. No entanto, importa ressalva de que o HC 104.339/SP e a Resolução do Senado são muito recentes, assim, estes percentuais podem sofrer variações posteriormente.

### Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; HABER, Carolina. “Velhos problemas e novos desafios do sistema prisional brasileiro”.

BALTAZAR Junior, José Paulo. Crimes Federais. 7a ed. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 845.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso: 08 de setembro de 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso: 29 de agosto de 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 22 de agosto de 2012.

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução nº 5 de 2012. Suspende, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do pará-

grafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=264613&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 de agosto de 2012.

BRASIL. Lei de Drogas. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 22 de agosto de 2012.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em: 09 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256/RS — Rio Grande do Sul. Paciente: Alexandro mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 22 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 10.4339 MC/SP — São Paulo. Paciente: Marcio da Silva Prado. Impetrante: Daniel Leon Bialski e outro(a/s). Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 04 de novembro de 2011.

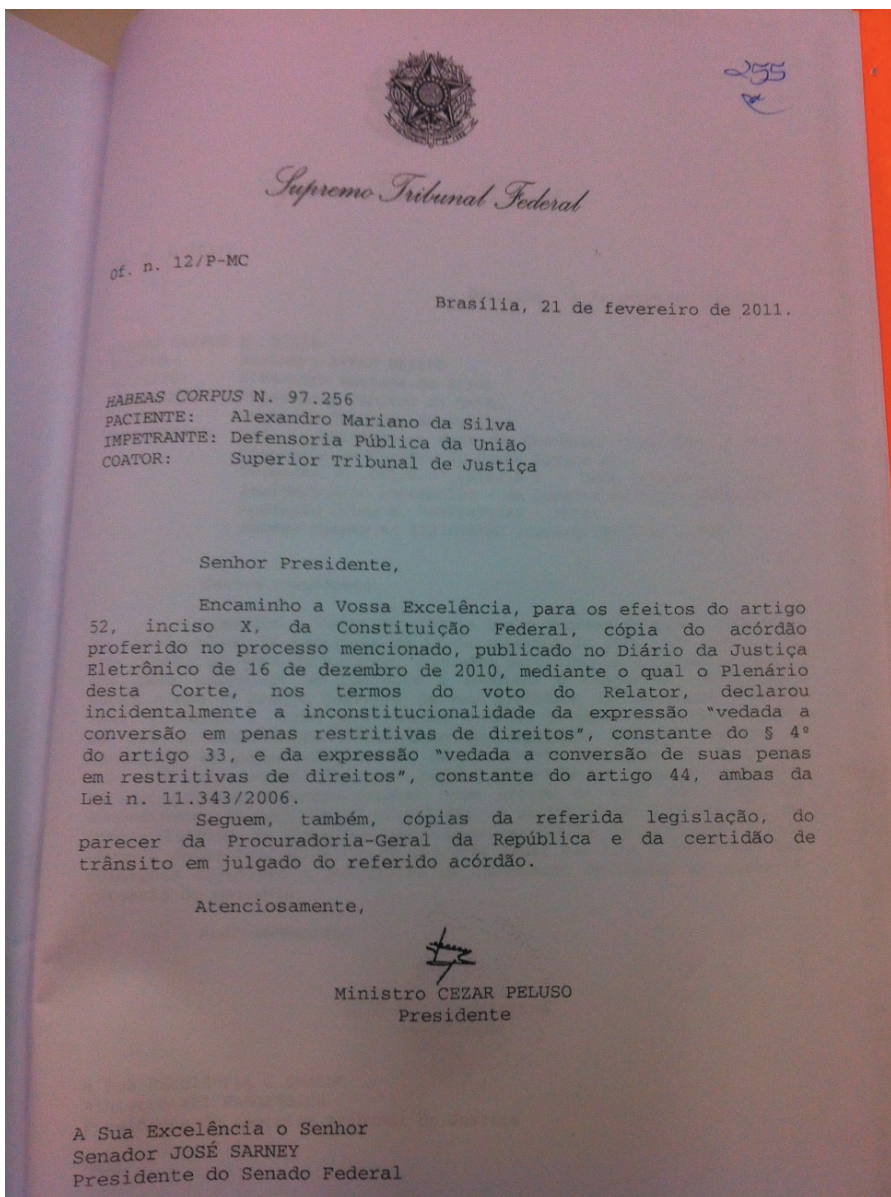
CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. 4a ed. ampliada, atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. — Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 245 — 246

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5a ed. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes. A Resolução nº 5/2012 do Senado e a pena alternativa no tráfico de drogas. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 316, fev, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21179>. Acesso em: 21 de agosto de 2012.

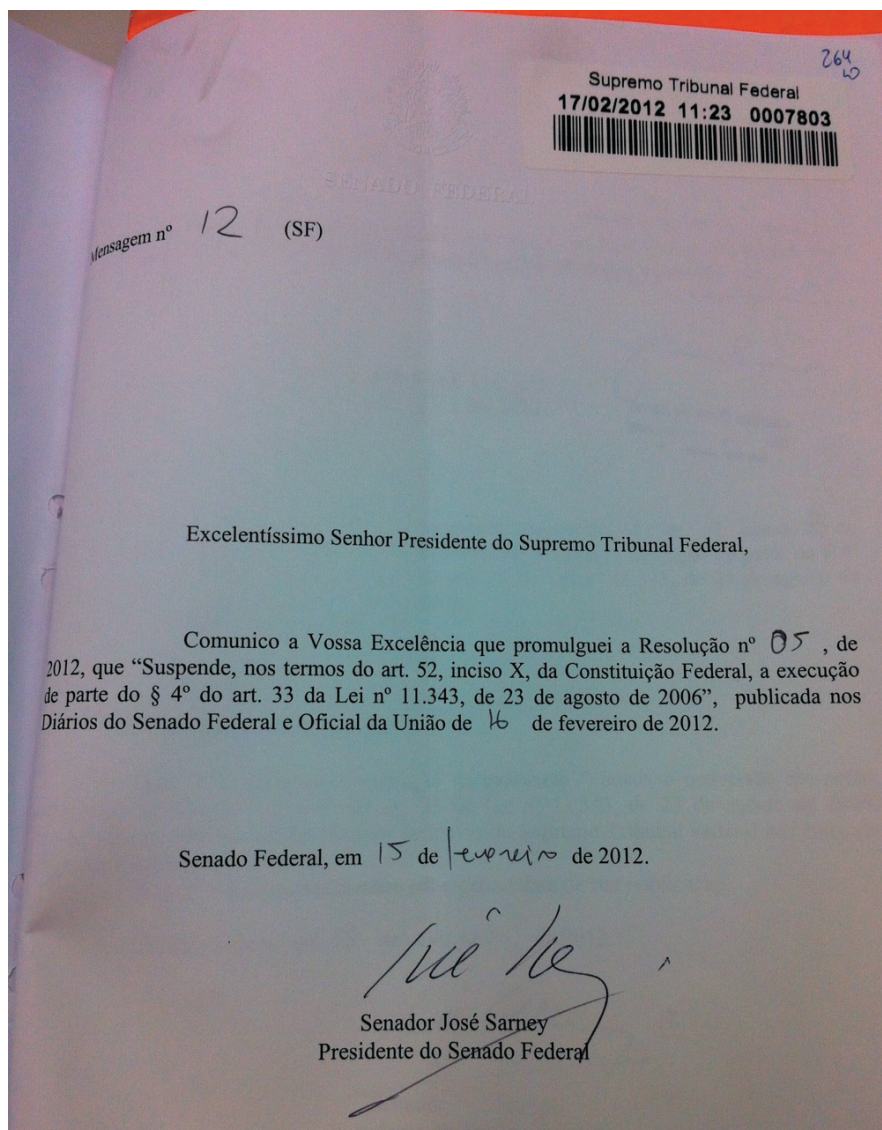
## ANEXOS

### A) Ofício nº 12 enviado pelo STF ao Senado Federal





## B) Mensagem Nº.12 do Senado Federal em resposta ao ofício nº 12 do STF



C) Parecer nº. 1.492 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de 20 de dezembro de 2011

## PARECER Nº 1.492, DE 2011

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Ofício "S" nº 6, de 2011 (Ofício nº 12/2011, na origem), do Supremo Tribunal Federal, que encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do Parecer da Procuradoria-Geral da República, da certidão de trânsito em julgado e do inteiro teor do acórdão proferido por aquela Corte, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão: vedada a conversão em penas em restritivas de direitos, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão: vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, constante do artigo 44, da Lei nº 11.343, de 2006 (impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos para os casos de tráfico de drogas).

RELATOR: Senador **DEMÓSTENES TORRES**

### I – RELATÓRIO

Mediante o Ofício "S" nº 6, de 2011, o Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) encaminhou a esta Casa, para os fins previstos no art. 52, X, da Constituição Federal, peças referentes à decisão daquela Corte Suprema nos autos do Habeas Corpus nº 97.256, no qual se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei Antidrogas.

Constam dos autos do recurso em exame cópia do inteiro teor acórdão prolatado pela Excelsa Corte, da referida legislação, da certidão de trânsito em julgado do feito e do parecer da Procuradoria-Geral da República.

O acórdão trata dos dispositivos da Lei Antidrogas que prevêem a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para o caso de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Decidiu a Corte que a lei comum, em face do princípio constitucional da individualização da pena, não tem força para subtrair do juiz o poder-dever de impor ao condenado a sanção criminal que lhe parecer mais conveniente ao caso concreto.

Nesse sentido, o acórdão considera que a pena privativa de liberdade não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora, não devendo o magistrado ser tolhido de exercer seu poder discricionário de dosar e aplicar a pena em face das peculiaridades de cada caso.

### II – ANÁLISE

Trata-se de matéria que veio ao exame desta Comissão em razão da competência privativa do Senado Federal para *suspender a execução, no todo ou*

*em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 52, inciso X.*

*Ainda segundo a Lei Maior, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (art. 97).*

Com respeito a esses requisitos constitucionais, a certidão de trânsito em julgado do acórdão, em 11 de fevereiro de 2011, atesta que a decisão veiculada no aresto é definitiva. Os extratos de Ata demonstram que a decisão foi tomada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Isso não obstante, cumpre referir que a competência fixada no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 não se consubstancia em procedimento meramente ordinatório.

Cabe ao Senado Federal, segundo penso, o juízo político sobre a conveniência da extensão dos efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte no bojo do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

O que faz o art. 52, inciso X, da Constituição, em outras palavras, é facultar ao Senado a possibilidade de emprestar à declaração incidental de inconstitucionalidade eficácia objetiva, com a suspensão da execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional.

Ocorre que o Senado Federal não está vinculado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, podendo, portanto, decidir pela não edição do decreto legislativo ou por sua edição com alcance apenas parcial da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a possibilidade de o decreto legislativo abranger apenas parte do objeto da declaração de inconstitucionalidade advém do próprio texto constitucional que, no inciso X, do art. 52, define como competência do Senado Federal a suspensão da execução, **“no todo ou em parte”**, de lei declarada inconstitucional.

Devo lembrar a esta Comissão, além disso, que a decisão da Suprema Corte foi tomada por maioria extremamente apertada, de seis votos, o que indica a instabilidade do entendimento do Tribunal e, logo, a possibilidade de sua alteração em um curto espaço de tempo, principalmente se levada em conta a alta taxa de renovação na composição da Corte.

Apoiado nas considerações acima expendidas penso que o decreto legislativo a ser editado pelo Senado Federal deve abranger, tão somente, a declaração de inconstitucionalidade que atinge expressão presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006.

Deixando permanecer plenamente eficaz o trecho que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, presente no



art. 44 da referida Lei, já que destinado aos traficantes de drogas que não têm o perfil de baixa periculosidade delineado no § 4º do art. 33.

É que no § 4º do art. 33 da Lei 11.343, de 2006, existe uma incongruência grave. Pois, ao mesmo tempo em que a lei reconhece o menor potencial ofensivo do crime de tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa, com isso prevendo a redução da pena de 1/6 a 2/3, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aqui, de fato, a restrição carece de sistematicidade. Nessa hipótese se justifica a edição do decreto legislativo, com vistas suspender a execução do trecho, presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343, de 2006, “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

### III – VOTO

Ante o exposto, observadas as normas constitucionais e regimentais pertinentes à matéria, meu voto é pela elaboração de projeto de resolução, em obediência ao art. 388 do Regimento Interno do Senado Federal:

#### PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 63, DE 2011

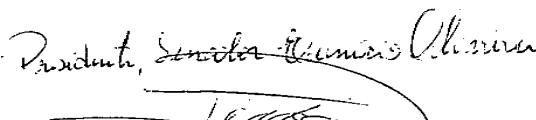
Suspende a execução de parte do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O SENADO FEDERAL, no uso da competência que lhe confere o art. 52, X, da Constituição Federal, e tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivos legais, constante de decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 97.256, RESOLVE:

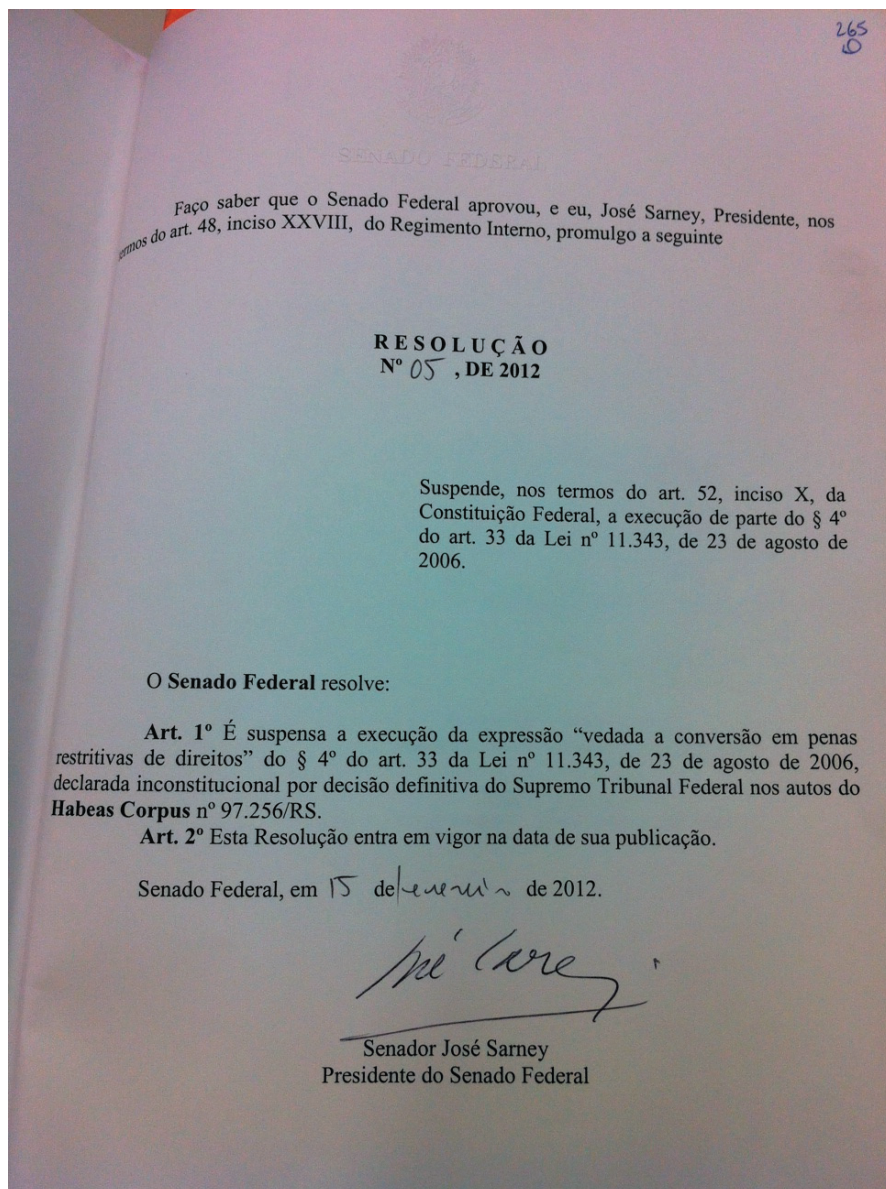
**Art. 1º** É suspensa a execução da seguinte expressão constante do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

**Art. 2º** Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 14 de dezembro de 2011.

*Presidente, Senador Demóstenes Torres*  
  
 Senador DEMÓSTENES TORRES

## D) Resolução nº. 5 do Senado Federal



## G) Gráficos

### 1. Referentes à vedação da conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos

Gráfico 1

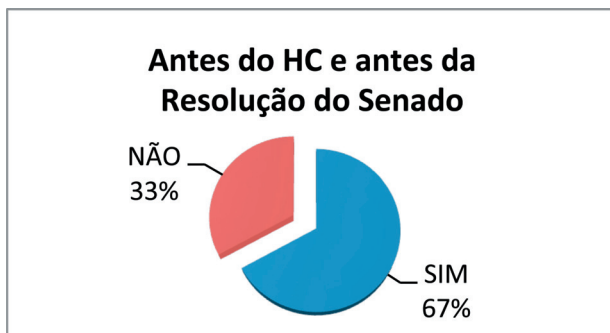


Gráfico 2

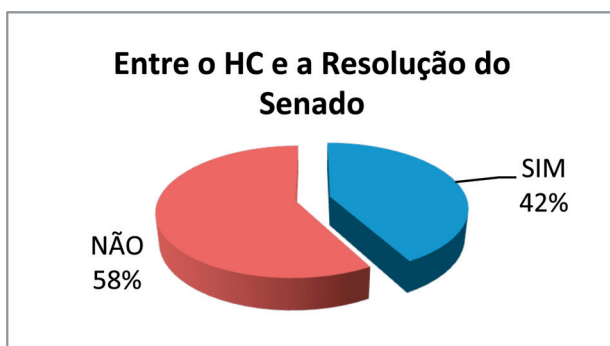
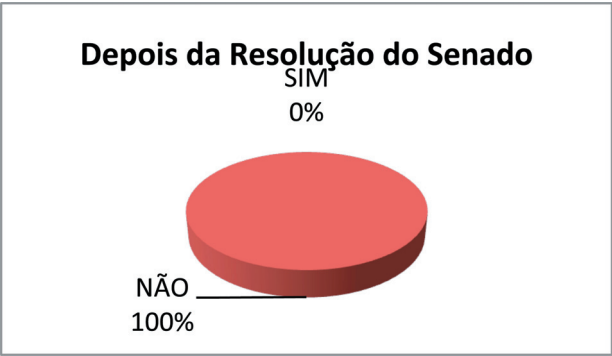


Gráfico 3



2. Referentes à vedação da concessão de liberdade provisória

Gráfico 1



Gráfico 2

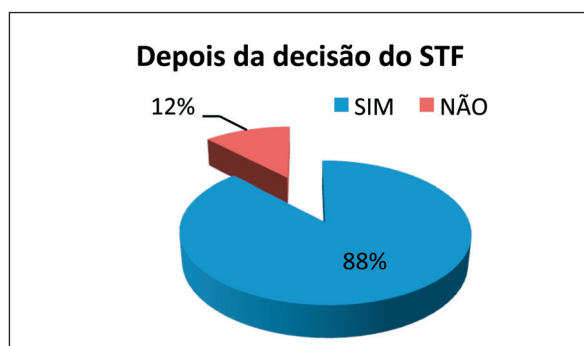


Gráfico 3: 21ª Vara Criminal

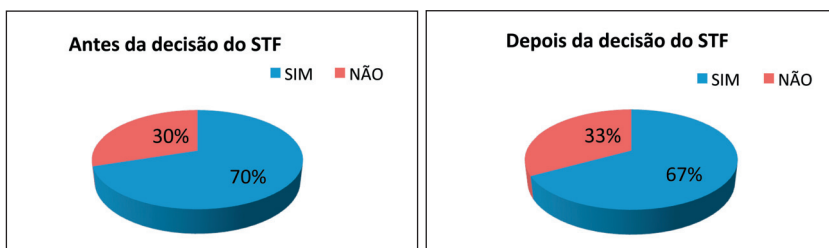


Gráfico 4: 12ª Vara Criminal

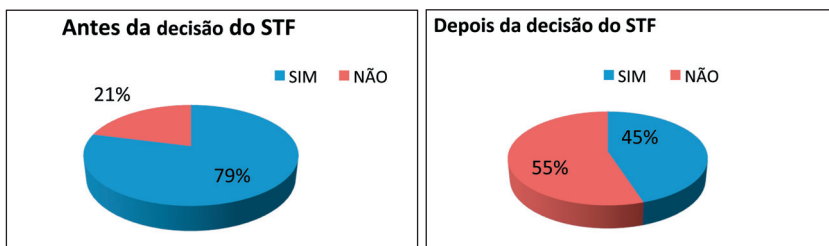
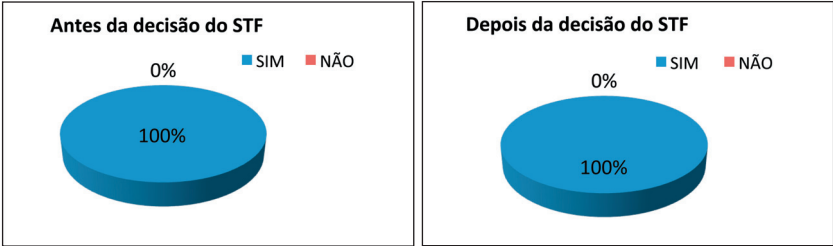


Gráfico 5: 28ª Vara Criminal





# **Análise Econômica do Casamento e do Divórcio no Contexto da Emenda Constitucional nº 66/2010**

**BIANCA MITCHELL**

**GIOVANNA ABRANTES**

**GISELLE SAMPAIO**

**PHILIPPE-ANTOINE LECLERC LANGEL**

**MANUELA THIMOTEO**

**THAMIRES GUERRA**

## **INTRODUÇÃO**

O objeto deste trabalho se constitui em uma análise dos institutos do casamento e do divórcio no Brasil no contexto da Emenda Constitucional nº 66/2010. A Emenda foi responsável por alterar a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal de modo a retirar a referência à separação judicial bem como os requisitos temporais para a obtenção do divórcio.

Como perspectiva de compreensão e análise desse objeto, foi escolhida a Análise Econômica dos institutos do divórcio e do casamento no seu potencial de relacionar contextos normativos com variáveis econômicas. Para isso, foram realizadas pesquisas nas fontes do IBGE referentes ao período entre 2003 e 2011 no intuito de apreender as possíveis alterações causadas pela citada Emenda nas taxas de divórcio e casamento.

Dentre os inúmeros fatores específicos que se relacionariam com as taxas de divórcio e casamento no contexto da EC66, dois foram escolhidos para análise: (I) a participação ativa da mulher no mercado de trabalho e (II) os filhos como elemento potencialmente estabilizador da relação. Acredita-se que tais relações serão capazes de apresentar a Emenda Constitucional nº66/2010 diante de análises na esfera econômica comportamental, partindo do pressuposto de que Direito e Economia se interinfluenciam.

## **1. A Emenda Constitucional nº 66/2010**

A Emenda Constitucional nº66/2010 suprimiu a parte final do §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Com essa mudança, deixa de ser requisito



para o divórcio a separação judicial, retirando o referencial de transição temporal, que torna o processo mais rápido e unificado. Assim, atualmente, é possível um/os cônjuge(s) conseguir a dissolução do vínculo matrimonial no momento em que desejar.

Para compreender as possíveis alterações causadas pela Emenda em análise, se faz primeiramente necessário apresentar alguns elementos que constituem o casamento e o divórcio, adotando como perspectiva a Análise Econômica do Direito.

O casamento se estabelece em função de duas relações, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. A sociedade conjugal cria um conjunto de direitos e obrigações pertencentes aos cônjuges enquanto o vínculo matrimonial altera o status dos indivíduos de solteiros para casados, no sentido da união afetiva familiar. Carlos Roberto Gonçalves afirma, quanto à dissolução dos laços criados pelo casamento:

Portanto, quando o §6º do art. 266 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, menciona que o “casamento” pode ser dissolvido pelo “divórcio”, está afirmando, *ipso facto*, que a “sociedade conjugal” e o “vínculo matrimonial” podem ser dissolvidos pelo divórcio. Não desaparece apenas o vínculo, senão também a sociedade conjugal. (GONÇALVES, 2012, p. 204).

No sistema anteriormente vigente, isto é, até 2010, primeiro era necessário que ocorresse a separação judicial, que extinguiu a sociedade conjugal. Somente após um ano de separação judicial, era possível conseguir o divórcio, que, por sua vez, dissolvia o vínculo matrimonial. Ou seja, mesmo após a separação judicial, um dos ex-cônjuges só conseguiria celebrar um novo casamento válido após um ano, uma vez que, mesmo extintas as obrigações e deveres do casamento, o status vigente ainda era o de casado.

A criação da Emenda possui fundamentos filosóficos na teoria eudemonista, que tem como escopo a garantia da felicidade do homem como condutor da moral individual. Segundo essa linha reflexiva, a família é concebida primeiramente diante da realização pessoal de seus membros. Portanto, se ela não é mais considerada enquanto suporte de realizações pessoais de seus integrantes, deve ser dissolvida, e esta dissolução deve atentar para o bem estar dos cônjuges e dos filhos. Às luzes dessa concepção, a EC nº66 acolhe o princípio de que a separação judicial prolongaria o sofrimento dos indivíduos, extinguindo, então, a sua necessidade enquanto requisito formal.

Por outro lado, a Emenda Constitucional proporciona a uma diminuição da interferência do Estado na esfera íntima, consolidando, para os institutos

do divórcio e do casamento uma interpretação diante do princípio da autonomia privada.

## 2. A análise econômica e hipóteses

Diante da percepção de que ao suprimir o texto normativo retirando o dispositivo que exigia prévia separação judicial se busca atingir a finalidade da teoria eudemonista, ou seja, o bem estar do homem acredita-se que a alteração normativa em estudo parte de contextos sociais em alteração, o que permite relacionar a emenda constitucional com a ruptura de paradigmas sociais e jurídicos no Brasil. A esse processo, somam-se mudanças no comportamento humano relacionadas ao advento de novos cenários socioeconômicos como, por exemplo, o aumento das taxas de emprego e a crescente presença da mulher no mercado de trabalho. Acredita-se que esses processos são capazes de estimular reflexões a cerca do diálogo interdisciplinar entre Economia e Direito no sentido da relação entre a alteração normativa em questão e as variáveis econômicas que, por sua vez, seriam capazes de indiciar as tendências e necessidades sociais debatidas pelo Direito.

Assim, pode-se entender que, ao mesmo tempo em que se constitui enquanto causa de processos socioeconômicos em alteração a mudança legislativa que modificaria substancialmente a maneira na qual as pessoas interagem entre si seria causadora de modificações na ordem econômica e, conseqüentemente, nos comportamentos adotados pelos indivíduos.

A Análise Econômica do Direito nos permite fazer uma reflexão relacional entre as causas e efeitos que a EC66 teria na sociedade. Becker (1973) apontou a existência da escolha racional pela maximização da utilidade nos relacionamentos matrimoniais, assim como na economia. Nessa análise, o casamento é tratado como um mercado, portanto, sujeito a oscilações de ordem econômica partindo do pressuposto de que os homens adotam escolhas racionais.

A aplicabilidade da economia no caso das taxas de divórcio verificou-se na teoria da dissolução matrimonial de Becker, Landes e Michel. Nesse estudo, comprovou-se, a partir dos dados estudados, que características individuais associadas a situações sociais aumentam ou reduzem a escolha do indivíduo pelo divórcio, já que este parte de escolhas racionais visando a maximizar utilidade do instituto (DO MONTE; MADALOZZO, 2009, p.1).

Diante dessa possibilidade analítica, a teoria eudemonista não seria, em si, um estímulo essencial ou simplificador para o divórcio. Segundo o modelo com referenciais econômicos, pessoas racionais não reagiriam na evolução de

uma teoria sobre os motivos e objetivos da relação matrimonial, elas reagem a estímulos econômicos como, por exemplo, a maximização de sua utilidade individual. Portanto, pode-se apreender que a incorporação da teoria eudemonista constitui-se como influência indireta ao comportamento econômico diante do casamento, sustentando essas práticas ideologicamente como parte de um sistema de crenças sociais. Essa influência indireta se deve pela sua constituição enquanto fundamento teórico na mudança legislativa consolidada pela Emenda Constitucional nº66 (FERREIRA, 2012, p. 2072).

Diante dessa alteração normativa, surgem algumas indagações e hipóteses que se relacionam com o aumento ou a diminuição das taxas de casamento e de divórcio no Brasil, tendo como referencial de análise a Emenda Constitucional nº66/2010.

A utilidade que um indivíduo retiraria do estado transitório de separação no antigo regime jurídico seria inferior ao estado final desejado, (solteiro/outro casamento) e a manutenção da antiga sociedade. Podemos destacar como hipótese que a facilitação do processo que retira o requisito temporal, aceleraria o processo o tornando unificado e mais célere, o que causaria uma redução dos custos relativos ao estado transitório e dos custos emocionais desse processo que possui como resultado uma diminuição do custo de transação para o divórcio.

Partindo do pressuposto teórico de que indivíduos sempre procuram maximizar o seu bem estar em suas escolhas, pode afirmar-se que um indivíduo permaneceria em um casamento somente se fosse possível retirar uma maior utilidade nesse estado do que se retiraria estando solteiro ou casado com outra pessoa.

Seja “C” a utilidade que uma pessoa retiraria estando casada e “S” o custo de oportunidade de estar solteira ou de firmar outro casamento. O casamento somente seria contraído inicialmente se  $C > S$ . Essas utilidades não são estáticas, mas mutáveis dependendo da evolução do relacionamento. Assim em uma situação “1” podemos ter  $C_1 > S_1$ . Mudando de situação em um mesmo casal, dessa vez na situação “2”, poderia observar-se  $S_2 > C_2$ , onde um indivíduo racional escolheria o divórcio para maximizar sua utilidade estando solteiro (ou eventualmente contraindo outro matrimônio).<sup>1</sup>

1 Friedberg afirma que o casamento possui vantagens econômicas para indivíduos racionais como a facilitação da especialização de trabalho (Um parceiro exercendo um trabalho remunerado enquanto outro cuida do trabalho doméstico, superior à divisão parcial já que trabalho parcial tende a ser menos bem pago do que o trabalho integral) ou o compartilhamento de bens públicos como decoração, geladeira ou crianças, esses bens tendo os mesmos custos para uma do que para duas pessoas mas sendo públicos a utilização por uma parte não implica a impossibilidade da utilização pela segunda, assim indivíduos casados são capazes de maximizar seus investimento dividindo os custos mas usufruindo plenamente das vantagens. A modificação da utilidade do relacionamento responsável pelo divórcio pode provir de diversas razões, entre outras a modificação da utilidade compartilhada por bens públicos (a televisão é

Caso a custo de oportunidade supere a os benefícios de estar casado, o indivíduo racional optaria pelo divórcio. No entanto, essa afirmativa é somente sempre verdadeira caso as mudanças entre os estados cíveis não possuam custos de transação. Antes da EC-66, que obrigava o período de separação antes da obtenção do divórcio, esse custo de transação possuía então como componente interno os custos relacionados ao período de separação. Considerando o custo de transação total anterior à EC-66 “ $T$ ”, o divórcio dessa vez seria somente viável caso  $S_2 > C_2 + T$  enquanto a manutenção do casamento seria definida por  $C_2 + T > S_2$ . Constata-se então que com esse custo de transação para o divórcio, indivíduos maximizadores de riqueza não optariam sempre para o divórcio somente se  $S_2 > C_2$ . O custo de transação constitui então um obstáculo à maximização da utilidade. A EC-66, ao retirar o requisito da separação judicial ou de fato, subtraiu de  $T$  um de seus componentes. Tem-se agora então o custo de transação “ $t$ ” que sempre obedece a relação  $t < T$ . Deduz-se então  $C_2 + t < C_2 + T$ . Em consequência a EC-66 causa uma modificação na relação  $C_2 + T >$ , ou,  $< S_2$  desfavorável a manutenção do casamento. Ao tornar a transação menos custosa, cria-se a hipótese então que a emenda aumentou as circunstâncias em que o divórcio seria viável para maximizar a utilidade.

Caso a custo de oportunidade para o divórcio supere a dos benefícios de estar casado, o indivíduo racional optaria pelo divórcio. Esse custo de oportunidade se relacionaria às esferas econômicas no sentido em que estas influenciam no modo pelo qual indivíduos racionais realizam escolhas tendo como elemento primordial a utilidade econômica auferida pela possibilidade de constituição de uma sociedade conjugal ou pelo grau de benefício apreendido diante das condições da situação de solteiro.

Diante dessas hipóteses podemos iniciar o estudo empírico relacionando variáveis que poderiam afirmar ou não essas conjunturas. A primeira variável nuclear ao estudo é a das taxas de divórcio. Esperamos, assim, encontrar um aumento dessa taxa desde a entrada em vigor da EC66.

Tendo como referência que a alteração normativa em questão, ao mesmo tempo em que é causa, é estimulador de processos socioeconômicos, essas taxas a serem apresentadas serão relacionadas a outras variáveis como, por exemplo, o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho concomitante ao aumento de sua renda. Assim, essa alteração normativa poderia ser interpretada como tradução de processos socioeconômicos, o que se relacionaria com os modos pelos quais os indivíduos, nos últimos anos, passaram a se comportar economicamente.

---

um bem público, mas se os indivíduos passam a querer assistir programas diferentes no mesmo horário, ela se torna um bem rival) ou assimetrias de informação que podem criar uma falsa ilusão da utilidade que iria ser retirada do casamento (FRIEDBERG, 2003).

O estudo que se segue tem bases relacionais. Pretende-se interpretar as alterações nas taxas de divórcio e de casamento após a Emenda Constitucional nº 66 às luzes de tendências extraídas de variáveis econômicas desde 2003 até 2012. Essas informações expressam a empregabilidade, a presença da mulher no mercado de trabalho e o número de filhos em unidades domésticas.

### 3. Por que casar? Por que divorciar?

A teoria econômica do casamento se constitui enquanto uma das possíveis perspectivas para explicar porque indivíduos racionais contraem matrimônio. Com esse objetivo tal referencial teórico parte do pressuposto da existência de um mercado de casamento, no qual indivíduos buscam maximizar as utilidades que constituem os fatos envolvendo a união.

A teoria econômica estabelece que um indivíduo decide se casar para elevar a utilidade esperada para um nível superior àquela que existia enquanto estava solteiro. Portanto, a razão que leva a constituição do matrimônio é a maximização do bem estar individual, que pode ser traduzidos, entre outros elementos, pela qualidade de investimentos, prestígio, filhos, patrimônio, potencial de companhia e vida sexual (FERREIRA, 2012, p. 2047).

O casamento é, então, compreendido em função de um grupo de utilidades que são entendidas pelos cônjuges como possibilidades de melhora do bem-estar ou no âmbito de suas existências como indivíduos na sociedade. Nesse sentido, o casamento pode ser traduzido como um mercado, no qual indivíduos buscariam por parceiros que melhor correspondam às suas expectativas, às quais poderia, a priori, ser apresentadas como: estabilidade, suporte afetivo e econômico.

O mercado do casamento é um mecanismo dentro do qual estão inseridos todos os indivíduos capazes de contrair matrimônio, sejam eles solteiros ou não. Portanto, é dentro dessa perspectiva de compreensão da realidade que o indivíduo realiza investimentos que poderiam ser relativos à procura por um parceiro que preencheria suas expectativas, e que, portanto, aumentaria seu nível de bem estar.

A finalidade pretendida por essa perspectiva de interpretação do casamento é de que na concretização desse processo, a opção pelo casamento se tornaria mais vantajosa do que a opção de permanecer solteiro, identificando, então, um sistema de escolhas econômicas.

Um fator presente nos estudos de interpretação econômica do casamento que ilustra esse processo de escolhas racionais é a chamada sinalização de mercado. Esse processo é constituído de investimentos pretendidos nas fases de

procura racional de um parceiro para o casamento no âmbito de interesses e prioridades econômicas dos indivíduos<sup>2</sup> (FERREIRA, 2012, p. 2050).

Com efeito, durante esse processo de escolhas, a assimetria de informação é uma situação na qual um dos cônjuges estaria omitindo informações pessoais, referentes às suas características e preferências, que, aos olhos do parceiro, inviabilizariam a relação conjugal. Se a assimetria de informação só for identificada após o casamento, poderia se estar diante da possibilidade de divórcio. Logo, a escolha racional do indivíduo que está procurando o parceiro ideal para o matrimônio deve estar vinculada ao gasto de tempo suficiente na troca de informações entre os parceiros em potencial, pois estes gastos reduziriam significativamente a possibilidade de divórcio (FERREIRA, 2012, p. 2051).

Portanto, é assinalável que se os indivíduos investem tanto no mercado à procura de um parceiro e, sequencialmente, na troca de informações para assegurar-se que este parceiro é o ideal para casar-se, por que tantos casamentos convertem-se em divórcio? Uma das possíveis perspectivas para enfrentar essa questão é apresentada pela análise econômica do divórcio.

A perspectiva teórica compreendida pela análise econômica do divórcio apresenta que quando o nível de utilidade encontrado dentro do casamento deixa de ser superior àquele que existiria fora do casamento, a opção pelo divórcio se converteria em uma escolha racional, haja vista que o matrimônio deixou de agir como um maximizador de utilidades para os cônjuges.

Essa variação do nível de utilidade pode ter origem em fontes variadas. Essas podem ser (i) a queda do nível de renda do casal, (ii) a inserção da mulher no mercado de trabalho, (iii) a identificação de incompatibilidade entre os cônjuges, ou, ainda, (iv) a existência de um terceiro indivíduo. Nessa última fonte, o terceiro indivíduo, externo à relação conjugal, é identificado como possibilidade de desenvolver uma nova união que elevará seu nível de utilidade, maximizando seu bem estar (DO MONTE; MADALOZZO, 2009, pp. 4-6).

É justo inferir, portanto, que a utilidade do casamento pode ser reduzida no seu decorrer. Logo, é possível que a utilidade de permanecer casado diminua ao ponto de ser inferior à utilidade retirada de estar solteiro ou de contrair outro casamento.

Os custos relacionados ao divórcio podem ser separados em dois grupos: custo de transação e custo de oportunidade. Os custos de oportunidade do divórcio são relativos à perda de todas ou algumas vantagens adquiridas por meio do ma-

2 Após encontrar no mercado um indivíduo que, aparentemente, corresponda a suas expectativas de parceiro ideal, e para confirmar essa correspondência, é necessário um período para a troca de informações, momento no qual se teria como expectativa a busca por concretizações dos esforços realizados por ambos. Ao aumentar o tempo gasto nessa troca se reduziria o risco de que, após o casamento, ocorressem assimetrias de informação.

trimônio. Entre elas está a perda do nível de renda do casal ou o advento de uma relevante disparidade entre a renda de um dos cônjuges conferindo uma possibilidade de autonomia individual em contraste com o cunho societário do casamento.

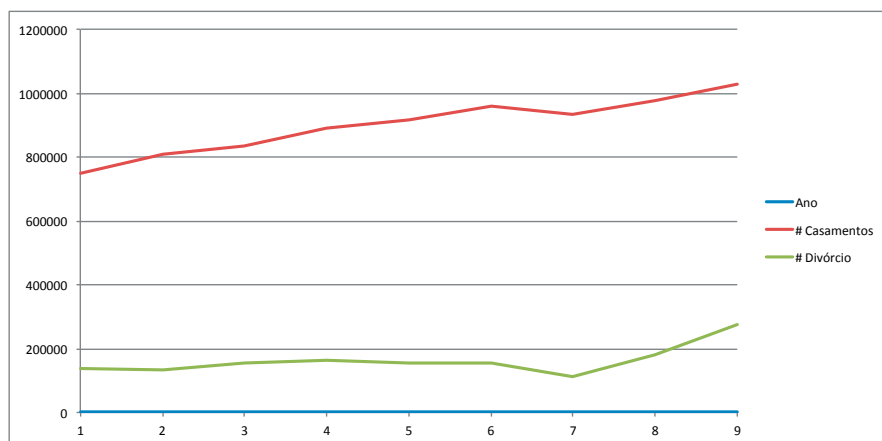
Os custos de transação são decorrentes do processo necessário para se atingir a dissolução do vínculo matrimonial, ou seja, do processo pelo qual os cônjuges percorrem para alcançar o divórcio. Entendidos correntemente pela teoria, os custos de transação são também correspondidos às possibilidades de estabilidade do casamento (DO MONTE; MADALOZZO, 2009, p.5). Como importante expressão dessa relação pode-se destacar a presença de filhos como possível fator positivo à manutenção da união conjugal.

Outros custos de transação são referentes ao requisito temporal constituinte do modelo normativo anterior à EC nº66/2010. No caso, por exemplo, do divórcio levava— se em conta como custo de transação a exigência prévia da separação judicial de um ano como requisito para a obtenção da dissolução do vínculo matrimonial, como adverte Carlos Roberto Gonçalves:

A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. (GONÇALVES, 2012, p. 205)

Pode-se observar no gráfico abaixo que a taxa de divórcio, que se manteve estável nos anos anteriores à Emenda Constitucional nº 66/2010, sofreu aumento a partir do ano de 2009, com uma maior inclinação a partir de 2010.

**Gráfico 1: Número de divórcios e casamentos em função do ano**



Fonte: IBGE. Acessado em Abril/2013.

Com essa mudança pode-se perceber que a alteração normativa estabelecida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 parece produzir certa influência no comportamento dos indivíduos. Como já ensejado anteriormente, trata-se de uma interpretação relacional no sentido de que, ao mesmo tempo em que a norma influencia no comportamento social e econômico de indivíduos, a expressão geral desse comportamento influencia na produção do Direito.

Com efeito, a extinção do período da separação judicial do texto da Emenda Constitucional em questão tornou o divórcio unificado e, portanto, um processo mais simplificado e acessível. Poder-se-ia, a título de hipótese, extrair dessa reflexão que os custos de transação existentes para que um indivíduo concretize o divórcio foram reduzidos. Consequentemente, que esse processo de unificação do instituto jurídico influenciaria os sistemas de decisões racionais no âmbito da maximização da utilidade entre continuar casado ou não.

O potencial de influência no comportamento dos indivíduos pode ser constatado no citado gráfico, uma vez que a taxa de divórcio apresenta uma inclinação maior a partir de 2010 — o ano da promulgação da citada Emenda Constitucional.

Quanto às taxas de casamento é de se esperar que, uma vez aumentado o número de divórcios, o número de matrimônios seguiria a mesma tendência, visto que ambos os institutos, pelo advento da inovação normativa, se tornam mais simplificados e, portanto, menos localizados por estigmas sociais historicamente produzidos. Dessa forma, existiria, pela análise econômica, uma correlação entre o aumento nas taxas de divórcio com o aumento nas taxas de casamento.

#### **4. A participação ativa da mulher no mercado de trabalho**

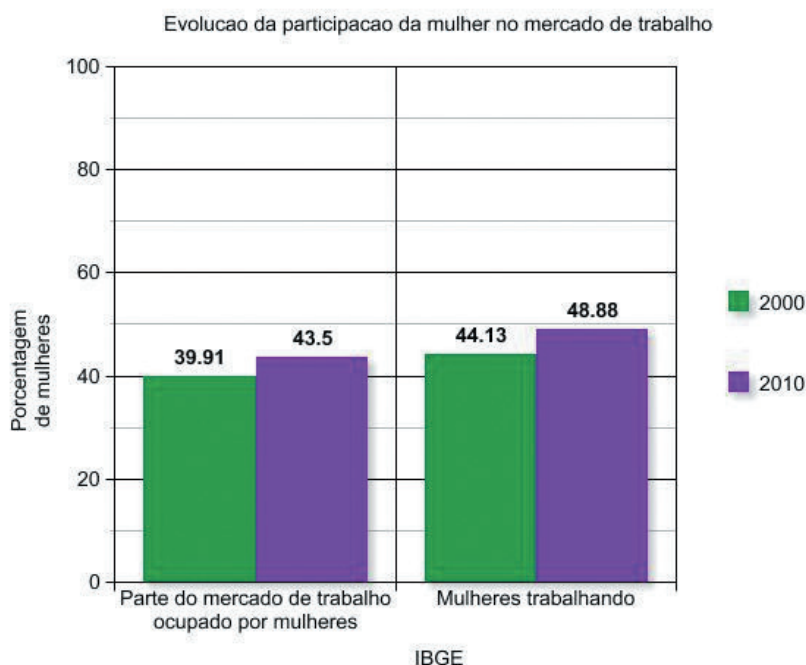
O antigo modelo familiar baseado em relações majoritariamente patriarcais vem perdendo influência. Nesse modelo havia uma divisão clara das funções entre os entes familiares: o homem representando a segurança financeira da família, responsabilidade cumprida pelo trabalho remunerado, enquanto o papel feminino era apresentado estritamente diante das funções domésticas, como, por exemplo, a criação dos filhos e administração das atividades do lar.

Ao constatar a mudança da estrutura tradicional familiar, questiona-se como isso afetaria o equilíbrio da família e quais seriam as novas influências nas ações humanas no âmbito do divórcio e do casamento. Essas ações se desdobram na esfera econômica, que, por sua vez, influencia no Direito (LAZO e SILVA, 2010, p. 4).



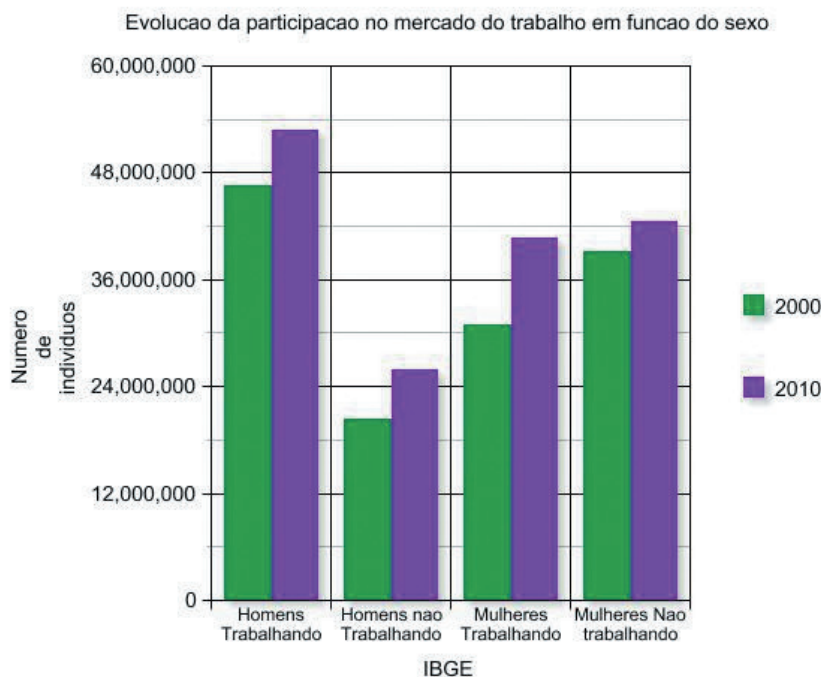
O entendimento das mudanças nas relações familiares decorrentes da inserção feminina no mercado de trabalho é fundamental para compreender melhor os motivos das alterações nas taxas de divórcio e casamento, afinal, é evidente que uma mudança tão paradigmática nas relações internas da família teria consequências na estabilidade do casamento.

O intenso crescimento industrial e a urbanização característica deste período tiveram por consequência a expansão da demanda por mão de obra, influenciando também nos empregos femininos. A terceirização dos empregos na década de 80 favoreceu a expansão de atividades econômicas relacionadas ao âmbito de trabalho feminino, tais como comércio, serviços, atividades administrativas e serviços bancários, o que de certa maneira freou a expulsão das mulheres no mercado. Na década de noventa a inserção da mulher deu— se, predominantemente, via emprego informal e, apesar das características negativas dessa forma de inserção, as mudanças no perfil do trabalhador requisitadas pelo mercado estariam, de certa forma, favorecendo a entrada da mulher nesse período. O que se pôde observar é que, apesar das grandes mudanças estruturais por que passou a produção e as transformações econômicas da década de noventa, ainda assim, a inserção feminina neste período mostra ser superior, em termos relativos, à inserção masculina. (LAZO e SILVA, 2010, p.6)



Constata-se nesse gráfico que entre os anos de 2000 e de 2010 houve, não somente um aumento da proporção de mulheres ativas no mercado de trabalho de 75%, mas também um aumento de sua inserção na parcela da população ativa traduzido em 3.59%. Assim, em 2010, as mulheres representavam 43.5% do mercado de trabalho.

Da evolução constatada, pela análise desses números podemos inferir que: mais mulheres estão optando por seguir carreiras profissionais remuneradas, e mesmo a participação feminina no mercado de trabalho não estando no mesmo nível que as dos homens, a importância dessa vem sendo cada vez mais pronunciada.



Diante desse gráfico, percebe-se o aumento do número de trabalhadores em valores absolutos. A diferença do número de homens que trabalham com os que não trabalham entre o ano 2000 e 2010 é quase indistinguível. No entanto, para as mulheres essa diferença é fortemente marcada, mostrando que a mutabilidade participativa no mercado do trabalho vem sendo promovida principalmente pelas mulheres.

Esses dados se relacionam diretamente com o processo de escolhas racionais que compreendem o casamento e o divórcio. Através desse cenário progressivo, percebe-se uma crescente atuação da mulher no mercado de trabalho o que anunciaria uma reformulação de papéis no casamento na qual a mulher começa a se perceber e ser compreendida social, econômica e juridicamente como sujeito capaz de gerar e administrar rendas.

Levando isso em consideração, a mulher passa a ser um referencial ativo de decisões dentro do casamento visto que a sua dependência financeira ao homem deixa de ser elemento constitutivo da estabilidade do casamento. Cria-se, então, um novo sistema de decisões para o divórcio no qual, além da existência de desejo da mulher, surge e oportunidade de dissolver a união.

Em relação ao processo de decisão individual no que concerne à ruptura das uniões, Ogburn e Nimkoff fizeram a distinção de dois tipos de fatores relacionados ao risco de divórcio: o efeito da entrada da mulher no mercado de trabalho sobre o — desejo de dissolver uma união (*desire effect*) e o efeito sobre a — oportunidade de dissolver a união (*opportunity effect*). O primeiro fator está relacionado ao efeito do trabalho feminino na qualidade da união e a satisfação da mulher em permanecer ou não unida ao cônjuge, ao passo que o segundo fator procura investigar em que sentido a independência financeira feminina, conquistada pelo trabalho, poderia influenciar na decisão da mulher em deixar uma relação insatisfatória. (LAZO; SILVA, 2010, p.5).

O aumento da participação feminina no mercado de trabalho possui, então, uma influência direta sobre a autonomia privada dessas. A conquista de uma maior capacidade e gerência financeira facilitaria a materialização dos seus desejos, diminuindo a disparidade existente entre o desejo e a oportunidade de divórcio. Essa possível progressão da autonomia feminina pode se compreender simultaneamente, como constituinte e reflexo do aumento das taxas de divórcio.

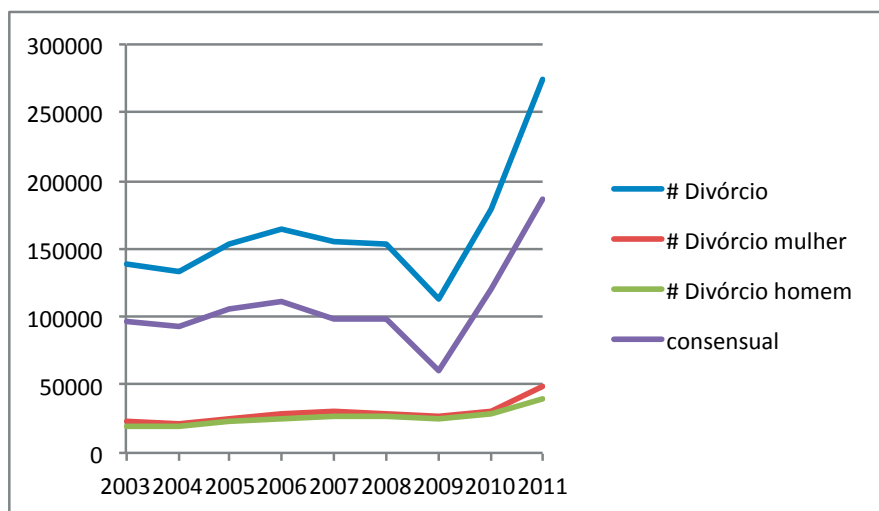
O impacto dessa autonomia não é somente sobre a disparidade entre desejo e oportunidade, mas também abre novas oportunidades de realização pessoal para as mulheres. O tempo dedicado à realização profissional reduziria o tempo disponível para ser investido em atividades domésticas. Diante desse cenário, o trabalho feminino não é visto estritamente como um meio constituinte do aumento nas taxas de divórcio, mas também como um seu desdobramento. Esse fato é capaz de correlacionar o Direito e Economia: o primeiro na constituição da Emenda Constitucional que unifica e consolida o divórcio e o segundo

agindo como espectro capaz de demonstrar o processo de origem, bem como as consequências desse fato.

A vontade individual da mulher pode fazer com que ela opte por focar em sua carreira profissional em vez de se dedicar ao trabalho doméstico, ou que dedique maior tempo a sua família, reduzindo as vantagens retiradas da divisão das atividades domésticas. As ambições profissionais vão muitas vezes contra a necessária dedicação das partes para a manutenção do matrimônio. Assim, o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho não somente abriu as portas para aquelas que desejavam um maior grau de autonomia privada, mas como também gerou fatores causais a este (LAZO; SILVA, 2010, p. 5).

No gráfico abaixo pode-se relacionar o número de divórcios com o modo como os mesmos foram judicializados: se consensual, se pelo homem ou se pela mulher. Observa-se que, a partir de 2010, a taxa de pedidos de divórcio por parte da mulher, tem uma maior variação do que daqueles iniciados pelo homem, que, antes da mudança, possuíam a mesma tendência.

**Gráfico 4: Número de divórcios em função do ano por tipo de pedido**



Fonte: IBGE. Acessado em 24/04/2013.

O gráfico anterior evidencia a necessidade de uma reflexão sobre a mulher enquanto ator determinante na constituição das taxas de divórcio no Brasil, tendo como perspectiva a sua escolha racional num contexto econômico.

Apesar de os efeitos da EC nº66/2010 abrangerem às esferas de ambos os cônjuges, essa alteração normativa teria mais efeito na decisão feminina, de acordo com os dados apresentados pelo IBGE.

Tal aferição poderia ter conexão com a crescente participação da mulher no mercado de trabalho e, conseqüentemente, de um maior alcance de sua autonomia financeira, item determinado a partir do referencial econômico da oportunidade. Esse fator poderia se relacionar com interpretações contemporâneas do casamento, as quais são definidas mais por um equilíbrio de rendas entre os cônjuges e menos por uma subsunção da esposa ao marido em função deste deter os principais meios de sobrevivência financeira daquela. Essa evolução nas taxas se torna mais aguda/evidente no divórcio pela mulher pelo fato de tal expressão se relacionar com o cenário de progresso da participação ativa da mulher no mercado de trabalho.

##### 5. Os filhos como elemento de estabilização do casamento

Neste tópico será desenvolvida a questão de como a alteração na taxa de fecundidade (número médio de filhos por mulher) e a quantidade de filhos em um casamento se relacionaria com as taxas de divórcio.

Grandes Regiões	Taxa de fecundidade total		Diferença Relativa 2000/20210 (%)
	2000	2010*	
Brasil	2,38	1,86	-21,9
Norte	3,16	2,42	-23,5
Nordeste	2,69	2,01	-25,2
Sudeste	2,10	1,66	-21,0
Sul	2,24	1,75	-21,7
Centro Oeste	2,25	1,88	-16,3

Fonte: Censos Demográficos 2000/2010

(\*) Resultados Preliminares

Fonte IBGE: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2018>

De acordo com os dados ilustrados na tabela acima construída pelo IBGE, é possível constatar a diminuição na taxa consolidada de fecundidade no Brasil, bem como em cada região específica, referente ao período de 2000 a 2010.

Tal diminuição se relacionaria ao tópico anterior: a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho. Uma das hipóteses seria a de que esta encontra cada vez menos tempo para se dedicar a tarefas domésticas e à maternidade. No entanto, o foco desta seção está na análise da presença de filhos como mecanismo de manutenção do casamento.

De acordo com a análise econômica do casamento, os filhos funcionam como um mecanismo estabilizador da relação, aparecendo como um capital específico positivo dentro da união e redutor da probabilidade de divórcio.

Svaver (2005) confirma em sua pesquisa realizada para o mercado dinamarquês que a taxa de divórcio declina uma vez que o tempo de casamento aumenta a acumulação de capital específico, o apego aos filhos, propriedade e informação sobre o parceiro. (DO MONTE; MADALOLZZO, 2009, p. 5)

Nesse mesmo texto, há resultados encontrados pelas autoras Lillard e Waite (1993), que sustentam que o primeiro filho do casal já gera tal efeito estabilizador, pois os casais que decidem ter filhos provavelmente possuem grande compatibilidade de características e expectativas, tendendo menos ao divórcio. Tendo em vista esta compatibilidade, independentemente da razão pela qual o casal opta por ter filhos, a utilidade de ambos aumenta (FRIEDBERG; STERN, 2003, p. 6).

Madalozzo e Do Monte também apresentam a teoria de Weiss (1997), segundo o qual o divórcio gera uma alocação inadequada dos custos dos filhos, pois quem tem a custódia arca com uma maior parte das despesas. O autor confirma com dados que quanto maior o investimento feito nos filhos, menor a chance de haver divórcio, ou seja, com a diminuição do número de filhos, há o aumento da probabilidade da ocorrência de divórcio (DO MONTE; MADALOLZZO, 2009, p. 6).

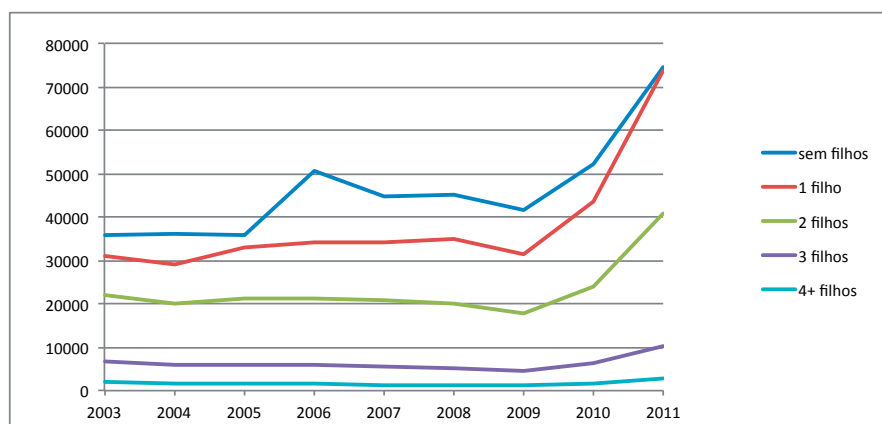
Friedberg e Stern (2003) levantam a questão de filhos serem bens públicos. Isso reiteraria a ideia de os mesmos serem mecanismos estabilizadores das relações, já que têm a capacidade de aumentar a utilidade de ambos os pais ao mesmo tempo. Dessa forma, o fato de não haver prejuízo para nenhuma das partes em relação à utilidade retirada da existência dos filhos faz com que seja ineficiente a separação, pois assim os pais teriam o tempo despendido com a criança diminuído, reduzindo sua utilidade (FRIEDBERG; STERN, 2003, p.6).

Em relação à condição dos filhos como bens públicos, a opção dos pais pelo divórcio implicaria uma divisão: cada um terá um tempo determinado para passar com a criança, sendo que aquele que não possuir a guarda terá menos tempo. Assim, deixa de existir um dos fatores que caracterizam a criança como bem público, pois esta não terá mais como aumentar a utilidade dos dois pais ao mesmo tempo. Dessa forma, o filho se tornaria um bem rival (deixando de ser um bem público): enquanto um dos pais está com o filho, aumentando a sua utilidade, ele está proibindo o outro de “consumir o bem”, que não poderá aumentar a sua utilidade.

Pode-se criar uma hipótese segundo a qual casais que têm filhos teriam um custo de transação para a concretização do divórcio muito maior do que o custo para casais sem filhos.

Anteriormente à EC nº66/2010, com a necessidade de haver separação judicial, muitos casais com filhos poderiam optar por não se separar devido a questões que envolvem o processo jurídico em si, como a determinação de pensão alimentícia, a guarda judicial, entre outras. A existência de filhos num casamento poderia então ser um fator que aumentaria o custo de transação específico da separação judicial. Assim, a entrada em vigor da Emenda em questão teria retirado, proporcionalmente, uma parte muito maior do custo de transação enfrentado por casais com filhos do que o custo de casais sem filhos. Em questões absolutas, o custo de transação de casais sem filhos ainda seria menor; porém, para ser feita uma análise apurada, deve-se focar em números relativos.

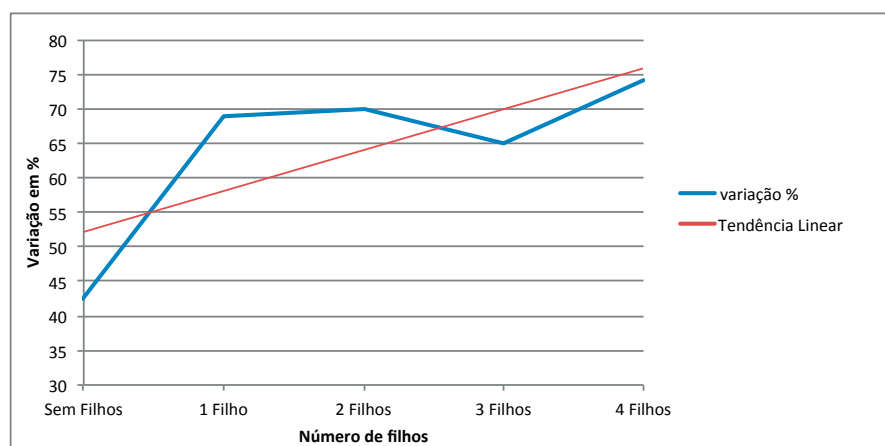
**Gráfico 5: Número de divórcios em função do ano por número de filhos**



Fonte: IBGE. Acessado em 24/04/2013.

Constata-se que de 2010 para 2011, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº66/2010, a quantidade de divórcios em números relativos também apresenta disparidades de acordo com a quantidade de filhos. Por exemplo, em casais sem filhos a variação foi de 42,46% e em casais com um filho, 68,84% — a razão entre as porcentagens é de 1,6. Além disso, também é interessante apontar a variação para os demais casais: para aqueles com dois filhos, a variação foi de 69,87%; para os com três filhos, de 64,89%; para os com quatro ou mais, de 74,06%.

**Gráfico 6: Variação de divórcios em função do número de filhos**



Fonte: IBGE. Acessado em 24/04/2013.

Nesse gráfico percebe-se claramente a tendência de aumentar a proporção de divórcios em função do número de filhos entre 2010 e 2011, ou seja, depois da entrada em vigor da Emenda.

Tais dados podem ser interpretados como afirmadores da hipótese apresentada previamente, já que o fato da quantidade de divórcios para casais com um filho ter aumentado muito mais em relação à quantidade para casais sem filhos poderia ter sido possivelmente causado pela maior diminuição dos custos de transação para casais com filhos.

Percebe-se então que filhos constituem elementos estabilizadores do casamento em dois planos distintos. Como vimos anteriormente, a manutenção do casamento ou o divórcio depende da relação:



“Utilidade do casamento + Custo de transação > ou < Custo de oportunidade de estar solteiro ou em outro casamento”.

Portanto, se aumentar a utilidade do casamento ou o custo de transação, a tendência para que a soma desses supere o custo de oportunidade será maior, diminuindo assim a incidência do divórcio.

Em um primeiro plano, o aumento da utilidade que filhos trazem a um casal por serem bens públicos — qualidade que se perde no divórcio em que filhos se tornam bens rivais — aumenta o primeiro fator da relação: a utilidade do casamento. Em segundo plano, os filhos aumentariam os custos de transação do divórcio por diversos fatores como já exposto, elevando então o segundo fator da relação. Os filhos contribuem então para a elevação não somente da utilidade do casamento, como também para o custo de transação para o divórcio, e assim constituem elementos estabilizadores em dois planos diferentes.

A emenda constitucional 66 ao suprimir a necessidade da separação judicial, retirou do custo de transação os fatores relativos à separação. Como filhos aumentam o custo de transação para o divórcio como um todo, mas também especificamente os criados pela separação judicial, a extinção desta provoca uma diminuição maior do custo de transação para casais com filhos, o que percebe-se claramente nas diferenças das taxas entre casais com e sem filhos antes e depois da EC-66.

### Considerações finais

A relevância deste trabalho se justifica no potencial de compreensão oferecido pelo estudo de variáveis econômicas num contexto de alteração normativa, por meio da Análise Econômica do Direito. Acredita-se que as mudanças normativas compreendem necessidades e expressões da sociedade que, entre outras, podem ser identificadas por variáveis econômicas.

A análise empírica apontou para um aumento considerável das taxas de divórcio após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, fato que sustenta a hipótese inicial de que a redução do custo de transação entre os estados civis, por conta da EC66, seria responsável por um aumento nas taxas de divórcios.

Foi visto que a mulher possui uma participação crescente no mercado de trabalho, sendo apresentada como sujeito ativo nas relações econômicas. Esse processo contínuo de integração profissional das mulheres se percebeu claramente nos efeitos da EC66, ao constatar que após essa emenda, o aumento

do número de pedidos de divórcio feito por mulheres foi proporcionalmente maior do que os iniciados por homens ou por consenso do casal.

Na sequência, consideraram-se os filhos como representando um potencial fator estabilizador do casamento. A literatura citada indicou que esses são responsáveis pela manutenção do casamento ao elevar a utilidade deste. A análise empírica dos dados também revelou que os filhos possuem um fator estabilizador, além da utilidade do casamento, mas como componente do custo de transação.

### Bibliografia

DO MONTE, Júlio; MADALOZZO, Regina. *Escolhas econômicas e o divórcio no Brasil*. 2009. Em: <http://conhecimento.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2011/08/Microsoft-Word—Div%C3%B3rcio-no-Brasil.pdf>. Acessado em 13 de março de 2013.

FERREIRA, Cristina. *Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio*. In: Revista de Estudos em Direito, Ano 1, Nº 4, 2012.

STERN, Steven and FRIEDBERG, Leora, *Economics of marriage and divorce*, Virginia Economics Online Papers, University of Virginia, Department of Economics, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 9ª Edição. SP: Saraiva, 2012.

LAZO, Aída; SILVA, Marcos. *A participação dos cônjuges no mercado de trabalho e o divórcio no Brasil*. Trabalho apresentado no XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, Caxambu, 2010.



# A Repercussão Geral e seus efeitos no TJRJ: impactos institucionais e sobre os processos

ANA PAULA MARANGONI PALHANO EDUARDO

JOSÉ SIQUEIRA MAGALHÃES FILHO

GABRIEL MONTEIRO DIAS MACIEL

GIULIA MACHADO COSTA MARINHO CONTENTE

MARCELLA MARTINS SARDENBERG

RICARDO CARRION ALVES

## Introdução

A sistemática implantada pela Emenda 45 de 2004 (EC 45/04) se insere dentro do contexto da tentativa de resolver problemas históricos<sup>1</sup> no que tange à estrutura e administração do Poder Judiciário. O método para isso foi o da introdução de mecanismos de resolução de problemas ligados ao acesso à justiça pelos cidadãos<sup>2</sup>, tais como a excessiva duração dos processos, a complexidade dos procedimentos judiciais e a falta de transparência na prestação jurisdicional<sup>3</sup>. Dentre os institutos criados e inseridos na Constituição pela EC45/04 estão a Súmula Vinculante<sup>4</sup>, o Conselho Nacional de Justiça<sup>5</sup> e a Repercussão Geral<sup>6</sup>.

---

1 “A necessária transformação que exige a sociedade no campo da administração da Justiça não atende a um olhar ingênuo do passado recente, senão à consciência de que há problemas agravados historicamente, de que há que mudar partindo do aperfeiçoamento do que já existe no acumulado jurídico do país com terrenos do processo e na própria estrutura do aparelho jurisdicional. Nesse sentido, a Emenda 45/2004 deve ser abordada como mais um elemento dentro do processo de edificar um real Estado Democrático de Direito e prestigiar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana”. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, página 28, 2005;

2 Inclusive, tal entendimento corroborou para a nomeação da Emenda 45 como a “Reforma do Poder Judiciário”.

3 RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a Questão do Acesso à Justiça. *Revista Direito GV*, vol. 4, núm. 2. São Paulo: 2008.

4 “o art. 103-A da CF/88 consagra a “súmula” vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.” DIDIER Jr, Fredie. *Transformações do Recurso Extraordinário. Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006, página 123.

5 “Uma das grandes inovações da Emenda Constitucional 45/2004(Reforma do Judiciário) foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de fazer uma espécie de “controle externo” do Poder Judiciário.” (art. 103-B, §4º). TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23ª Edição. Brasil: Editora Malheiros, página 179.

6 102 § 3º da Constituição Federal: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal

O objetivo da Repercussão Geral (RG) especificamente foi o de resolver um problema sistêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF): a quantidade de recursos que lá chegavam<sup>7</sup>. Assim, tendo como norte a diminuição do número destes recursos, foram implantadas estratégias com a proposta de garantir maior racionalidade<sup>8</sup> ao trâmite processual.

Sobre o trâmite processual da Repercussão Geral, que posteriormente será mais bem explicado nesta pesquisa, assevera Fredie Didier Junior que a introdução do §3º ao Art. 102 da Constituição imputou ao recorrente do Recurso Extraordinário a necessidade de demonstrar uma relevância jurídica que ultrapassasse a mera resolução da lide pelo Poder Judiciário<sup>9</sup>. Isso significa que cada recurso poderá ser demarcado como um tema de pertinência constitucional e, conseqüentemente, casos de matéria semelhante poderão ser agrupados. Assim, escolhido um ou alguns *leading cases*<sup>10</sup>, a lógica da decisão à ele(s) aplicada pelo STF será igualmente utilizada pelos tribunais inferiores aos demais casos de mesmo tema<sup>11</sup>. Em suma, o STF ficaria resguardado de imensa vult de trabalho tendo em vista que ao invés de decidir todos os recursos extraordinários, ele julgaria somente aqueles de caráter paradigmático.

Passados alguns anos da introdução da Repercussão Geral, puderam ser vistos os resultados de tais medidas. De acordo com o I Relatório Supremo em Números, este sistema de agrupamento de Recursos Extraordinários por temas foi responsável por uma acentuada queda no número de processos no Supremo Tribunal Federal, tal como explicado no GRÁFICO 1<sup>12</sup>.

---

examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 de maio de 2013;

- 7 Este problema é levantado pelo I Relatório Supremo em Números e nomeado como “O tsunami antirrecursal”, referindo-se obviamente à enorme vult de processos que chegariam à Corte. “O crescimento do Supremo Recursal verificado a partir de 1997 chegou a ponto de pôr em xeque a capacidade do próprio Supremo de se autogerir. Os recursos chegaram às centenas de milhares e continuavam a crescer até 2007. Em outras palavras, como dissemos acima, se fossem julgar todos esses processos na mesma proporção em que entravam, cada um dos 11 ministros teria de julgar mais de 10 mil recursos por ano, ou aproximadamente um recurso a cada 10 minutos”. FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES. Diego; CERDEIRA, Pablo. **I Relatório do Supremo em Números**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, abr. 2011, página 58;
- 8 É pertinente delimitar o que o grupo entende por racionalidade, tendo em vista que este é um conceito muito amplo. Nesta obra, “garantir maior racionalidade” deve significar a aplicação de métodos que permitam a consecução da atividade jurisdicional — ou seja, da sentença final — de maneira mais rápida sem prejudicar os demais os órgãos do Poder Judiciário.
- 9 DIDIER Jr, Fredie. **Transformações do Recurso Extraordinário. Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006, página 126.
- 10 Entende-se *leading cases* como casos paradigmáticos que exemplifiquem uma discussão de matéria constitucional e, por isso, cuja decisão possa servir de modelo para outros casos semelhantes.
- 11 Aqui, deve-se entender tanto aqueles casos que ficaram aguardando a decisão final dos *leading cases*, quanto aqueles que futuramente venham a ter a mesma temática.
- 12 FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES. Diego; CERDEIRA, Pablo. **I Relatório do Supremo em Números**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, abr. 2011, página 58; Ver gráfico em anexo.

Sendo isso exposto, são necessárias duas considerações. Primeiramente, que apesar dos efeitos imediatos de diminuição do número de processos no STF causados pela introdução do instituto da Repercussão Geral, deve ser ressaltado que o Supremo ainda encontra dificuldades em conseguir realizar o julgamento da totalidade dos Recursos Extraordinários em tempo razoável<sup>13</sup>. Outra consideração relevante é o questionamento sobre a possibilidade de esta sistemática implantada vir a provocar efeitos não só no Pretório Excelso, mas também em outras Cortes inferiores, tendo em vista que a Repercussão Geral exige que estes passem a ter que armazenar os processos à espera da decisão dos *leading cases* e também dar a palavra final aos casos concretos a partir da decisão do Supremo.

É desta segunda possível consequência que a atual pesquisa trata. De maneira a facilitar a mensuração de dados para melhor apuração qualitativa, este artigo se restringirá ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Sobre o período de tempo a ser analisado, serão observados dois recortes temporais: 2004, 2005 e 2006, e 2011 e 2012<sup>14</sup>. O primeiro período remete ao último espaço de tempo antes da introdução efetiva da Repercussão Geral. O segundo período remete ao primeiro espaço de tempo possível com dados suficientes para uma análise comparativa. Deste modo, a pergunta capaz de sintetizar toda a pretensão do grupo é: “Quais são os efeitos institucionais e sobre os processos que a Repercussão Geral gerou para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro?”.

Partindo desta base, o grupo estabeleceu algumas hipóteses iniciais que seriam refutadas ou confirmadas pela pesquisa. Questionamos a possível falta de espaço físico no Tribunal de Justiça para armazenar todos os processos que aguardam a resolução de seus *leading cases*. Questionamos também a possível diminuição no número de Recursos Extraordinários, tendo em vista a existência de decisões consolidadas pelo Supremo. A terceira hipótese foi no sentido de que a Repercussão Geral teria corroborado para a diminuição do tempo de resolução dos Recursos Extraordinários. Por fim, em decorrência também da última hipótese, imaginamos que haveria um maior número de processos resolvidos tendo como base o número global de processos no TJRJ.

Sendo assim, a presente pesquisa está estruturada em quatro partes. Primeiramente, analisar-se-ão os aspectos teórico-normativos da Repercussão Geral desde o envio de Recursos Extraordinários (REs) pelo TJRJ, até sua sentença final. Num segundo momento, será analisada a metodologia utilizada pelo grupo para a coleta

13 Op. Cit., página 61.

14 2007 e 2008 foram os primeiros anos que sucederam a introdução da Repercussão Geral, e o grupo entendeu que o instituto não estaria maduro o suficiente para a análise. Os anos de 2009 e 2010 não foram utilizados porque não haviam dados suficientes.

de dados. Então, será feita uma análise do material obtido no sentido de responder à pergunta. Por fim, o grupo apresentará suas conclusões acerca do tema.

## 1. Aspecto Teórico-Normativo

### 1.1. Legislação

Com o objetivo de limitar e regular o acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF), que estava recebendo um alto número de recursos extraordinários referentes a questões rotineiras, o que sobrecarregava o órgão, fazendo com que o STF não desse conta de julgar esses casos em um período razoável de tempo, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04 a **repercussão geral** no ordenamento jurídico, na chamada “Reforma do Judiciário” que, entre outras modificações, inseriu o art. 102, §3º na Carta Magna.

*“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”*

Contudo, mesmo com o dispositivo supracitado já em vigor, para uma maior eficácia da matéria era necessário que uma lei fizesse a sua regulamentação com detalhes sobre o apreciação do mecanismo do instituto. Ao legislador ficou o encargo de regular os critérios necessários para demonstrar se determinada matéria é ou não adequada para ser recebida, e com isso, adveio a Lei nº 11.418/06 que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, os quais tratam do cabimento da ação e de como ela será processada. Fora também, criada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Regimental nº 21 para auxiliar no procedimento interno de análise e julgamento interno desse novo instituto.

A repercussão geral possui algumas finalidades, como: (i) focar a competência do STF para julgar somente os recursos extraordinários que trouxerem questões constitucionais com importância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa<sup>15</sup>; (ii) e trazer uma

15 Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

interpretação constitucional uniforme sem que o STF precise julgar inúmeros casos idênticos, art. 543-B, CPC<sup>16</sup>.

\*\*\*

Para demonstrar como funciona a repercussão geral, consta no anexo E, tabela exemplificativa do procedimento para que haja julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. É importante ressaltar que o recurso extraordinário versa apenas quanto a questões de direito<sup>17</sup>.

Primeiramente, quando há um conflito, uma parte ingressa no judiciário com uma petição inicial para dar entrada em um processo. Este será julgado pelo juiz de primeira instância que proferirá uma sentença. Caso a parte discordar da sentença, poderá interpor um recurso de apelação que será julgado pela segunda instância do Tribunal, que pronunciará um acórdão. Contudo, a parte pode ainda assim, sentir-se prejudicada, sendo possível impetrar um Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal quando houver violação à Constituição Federal, devendo respeitar os requisitos previstos no art. 102, III da Carta Magna. Para tanto, é necessário que haja um esgotamento de recurso nas instâncias ordinárias, como o disposto no Enunciado nº 281<sup>18</sup>.

Quando a parte impetra um recurso extraordinário, deve demonstrar que o caso tem repercussão geral (art. 543-A, §2º, CPC) para que haja a possibilidade de admissão do recurso. A primeira análise é feita pelo Tribunal de Justiça (TJ) que possui competência delegada pelo STF para saber se os recursos são ou não cabíveis. Nessa fase, o TJ analisa se o caso versa sobre tema que já possui repercussão geral reconhecida. Sendo positivo, julgará de acordo com o que foi reconhecido ou não. Cabe à parte impetrar recurso para aplicação do que foi reconhecido pelo Tribunal Superior. Em caso negativo, irá enviar ao STF o *leading case*, deixando os demais processos sobrestados (art. 543-B, §1º, CPC<sup>19</sup>).

A apreciação quanto ao tema ter ou não repercussão geral é exclusiva do STF, sendo assim, os tribunais inferiores não poderão negar o andamento do

---

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

16 Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

17 Súmula do STF - 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

18 Súmula do STF - 281. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

19 Art. 543-B, §1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.



recurso alegando que não há repercussão geral, apenas poderão alegar que falta algum requisito de admissibilidade para não recepcioná-lo. A análise dos requisitos para que haja admissibilidade será feita pelo relator<sup>20</sup>, seguido de deliberação colegiada para analisar se há tema de repercussão, feita pelo Pleno por meio eletrônico<sup>21</sup>, e o julgamento é feito por uma Turma do STF.

Para ser aprovada a repercussão geral do recurso sem a remessa deste para o Plenário, é necessário, no mínimo, a aprovação de quatro ministros (art. 543, §4º, CPC). Porém, em casos do recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência do STF, haverá automaticamente repercussão geral (art. 543, §3º, CPC).

Caso haja repercussão geral<sup>22</sup>, haverá o julgamento do recurso extraordinário, que poderá ter a pretensão procedente ou improcedente. Essa decisão terá impacto nos casos que estavam no TJ, que serão decididos de acordo com o *leading case*. Por outro lado, em caso de inexistência de repercussão geral os recursos sobrestados serão considerados de maneira imediata não admitidos (art. 543-B, §2º, CPC).

Quando reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito do caso paradigmático, todos os casos sobrestados no TJ serão apreciados e poderão ser declarados prejudicados ou retratados (art. 543-B, §3º, CPC).

Os casos sobrestados no TJ são considerados prejudicados de duas maneiras. A primeira delas ocorre quando o STF diz que não há repercussão geral, quando os casos que ficaram sobrestados no TJ serão prejudicados. E o segundo modo, ocorre quando o STF diz que há repercussão geral e, ao julgar o caso paradigmático, profere uma decisão, refletindo diretamente nos casos sobrestados no TJ que terão a mesma decisão.

A retratação ocorre quando, por exemplo, a câmara decide de forma contrária à jurisprudência do STF. Nesses casos, a parte recorre ao TJ e este, por sua vez, devolve o caso para a câmara se retratar. Caso não ocorra uma retratação, o caso é levado ao STF com conteúdo de repercussão geral e este dará a decisão final (543-A, §3º, CPC).

20 Art. 323 do RISTF - Distribuído o recurso, o Relator, após a vista ao Procurador-Geral, se necessária, pedirá dia para julgamento, sem prejuízo das atribuições que lhe conferem o Art. 21, IX, e seu § 1º.

21 Site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?situacao=EJ>

22 Art. 324 do RISTF - No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

## 1.2. A realidade do instituto no TJRJ

No dia 30 de abril de 2013 fizemos uma visita à 3ª Vice-Presidência, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no qual fomos recepcionados pela Juíza Ana Paula Pontes Cardoso que nos explicou como o advento da repercussão geral modificou a rotina no TJRJ e qual o procedimento adotado com o novo instituto.

Primeiramente, ela falou sobre o andamento do processo, que acontece da mesma maneira como fora explicitado no aspecto teórico-normativo, podendo haver recurso de apelação que será julgado por um colegiado na segunda instância.

Contudo, a parte pode ainda estar insatisfeita e optar por interpor um recurso extraordinário no STF (art. 102, III, CF) quando houver violação à algum artigo da CF, desde que alegadas as hipóteses previstas na Carta Magna. Em caso negativo, o RE não será enviado para Brasília. A Juíza fala que muitas das vezes, não há a presença das hipóteses, mas a parte perdeu e quer continuar tentando.

Em tese, quem deveria fazer a análise quanto ao cabimento ou não dos recursos era o STF, mas devido a uma capacidade limitada do Supremo, o CNJ, através da Resolução nº 160, possibilitou que fosse instituído o NURER — Núcleo de Repercussão Geral e de Recursos Repetitivos, ao qual foi delegada a competência para o tribunal estadual fazer esse juízo de admissibilidade. O NURERRJ<sup>23</sup> foi instituído pelo Ato Executivo TJRJ nº 4566/2012, DJERJ de 09/11/2012.

No Rio de Janeiro, o órgão responsável chama-se Terceira Vice Presidência (3ª VP), composto de uma desembargadora (terceira vice-presidente) e cinco juízes auxiliares, que fazem a admissibilidade dos recursos.

Em caso de negativa do TJRJ quanto à admissibilidade do recurso, a parte tem o instrumento de agravo para o STF. Haverá a possibilidade de que o Tribunal encontre erro no julgamento da 3ª Vice Presidência e diga que deve ser dado provimento ao Agravo. Mas se o Tribunal Superior confirmar a decisão, não haverá mais recursos cabíveis, de forma que será transitado em julgado e voltará para o juiz de primeira instância, para que ele inicie a fase de execução do processo.

Em caso de admissibilidade pelo TJRJ, é selecionado um recurso deste assunto, que será o caso paradigma (*leading case*) e, partir de então, os demais processos que versarem sobre o mesmo tema ficarão sobrestados. Diz-se que a matéria foi afetada.

O tribunal superior formula uma tabela com os dados pertinentes para o TJRJ a fim de informar quais foram as matérias afetadas, sendo assim, deve-se

23 [https://attachment.fbsbx.com/file\\_download.php?id=258012971003598&eid=ASuJTx8FmhJkOsGM A5stOMi viFmPEdtO1qxb1clYIbaBhZ7OEDVp-yYi0eRgTY83gsg&inline=1&ext=1369679709&hash=ASScWeL0MihXnazG](https://attachment.fbsbx.com/file_download.php?id=258012971003598&eid=ASuJTx8FmhJkOsGM A5stOMi viFmPEdtO1qxb1clYIbaBhZ7OEDVp-yYi0eRgTY83gsg&inline=1&ext=1369679709&hash=ASScWeL0MihXnazG)

observar primeiramente a tabela com o propósito de verificar se há tese criada sobre essa matéria, pois se houver, esse recurso não será enviado ao tribunal superior. Haverá duas possibilidades: (i) se a tese já foi julgada, deve ser feita a conformidade do acórdão de segundo grau com a tese e inadmitido o recurso; (ii) se estiver desconforme, o quer dizer que o acórdão está julgando contrário, a 3ª VP consulta a segunda instância para saber se esta se retrata. Se não houve retratação, deixa que haja recurso para o STF. Se ainda não houver julgamento, o TJ faz o sobrestamento do recurso até que o *leading case* transite em julgado. A magistrada relata que o TJRJ tem possibilidade de julgar de maneira diferente do que fora acordado no STF, de forma que incumbe à parte o ônus de recorrer. Portanto, deve-se visualizar a tabela e ver se: (i) há repercussão geral ou não; (ii) se teve a repercussão geral reconhecida, caso em que deve-se sobrestar o processo até o trânsito em julgado; e (iii) se houve trânsito em julgado, cabendo fazer a conformidade.

Os recursos que vão para o STF são aqueles em que não há tese na tabela e que passaram por um processo de admissão rigoroso, afinal, não se pode enviar ao STF processos que envolvam análise de provas, por exemplo. Caso haja recurso nesse sentido, a 3ª Vice Presidência informa que não há cabimento do recurso.

Para informar as teses, o STF comunica-se através do site. Os informativos serão recepcionados pela Juíza Ana Paula que envia ao NURER para que seja feita a atualização das tabelas, sendo que a tabela interna é muito mais completa do que a disponibilizada no site do TJRJ.

A conclusão que a juíza chegou é que o instituto é positivo, apesar de haver um problema de oxigenação nos processos, pois por vezes fica engessado pela decisão do STF um entendimento que se torna ultrapassado e, nesses casos, o TJRJ envia casos que já possuem o tema julgado para que seja reformado o entendimento. Ademais, ela cita que houve um aumento de serviço para o TJRJ, uma vez que existem as tabelas e o sobrestamento. Nasce, também, uma necessidade de aumentar os arquivos, pois com o surgimento do processo eletrônico, os autos permanecem no TJRJ e ao STF são enviados os autos apenas eletronicamente.

Outro problema suscitado é que, por vezes, dada controvérsia aconteça frequentemente, mas somente em uma região ou Estado, de forma que o TJ deve enviar mais de um processo para demonstrar ao STF a necessidade da repercussão geral.

## 2. Metodologia

O nosso trabalho é composto por duas fases de ações: qualitativas e quantitativas. A fim de encontrar informações que comportassem as ações qualitativas realizamos entrevistas, e quanto às ações quantitativas, recolhemos dados por meio dos sites do STF e do TJRJ e acessamos o relatório do Supremo em Números.

Além disso, importante destacar que o primeiro passo da pesquisa foi a consulta às legislações pertinentes. Foi realizada uma leitura minuciosa da EC nº 45/2004<sup>24</sup>, da Lei 11.418/2006<sup>25</sup> e da Emenda Regimental nº 21<sup>26</sup>, pois precisava-se nortear o trabalho com bases jurídicas.

### 2.1. Entrevista — Ministro Nelson Jobim

Essa entrevista visava responder determinadas perguntas<sup>27</sup> afim de esclarecer quais eram as intenções com a criação da repercussão geral e, tendo em vista a participação ativa do então Ministro Nelson Jobim na criação do instituto, concluímos que seu depoimento nos traria o contexto histórico e as reais razões para a criação de um instrumento que modificaria completamente a forma com que os recursos extraordinários seriam analisados.

### 2.2. Entrevista — Juíza Ana Paula Pontes Cardoso

O que nos levou a entrevistar a juíza Ana Paula foi, inicialmente, saber como o Tribunal do Rio de Janeiro havia se adequado a demanda relacionada à repercussão geral. Ademais, a juíza da 3ª vice-presidência é responsável pelo processamento do instituto da repercussão geral. Levamos na entrevista perguntas<sup>28</sup> para direcioná-la e alguns gráficos<sup>29</sup> do site do Tribunal para esclarecê-los.

### 2.3. Dados Processuais

A coleta de dados foi feita em dois espaços de tempo: antes, nos anos de 2004, 2005 e 2006 e depois da entrada em vigor da repercussão geral,<sup>30</sup> nos anos 2010 e 2011. Utilizamos os últimos anos antes da Lei 11.418/06 para sabermos

24 Que acrescentou à Constituição o art. 102, §3º, como explícito no tópico acima.

25 Que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC.

26 Supremo Tribunal Federal.

27 ANEXO F

28 ANEXO F

29 ANEXO F

30 através da Lei 11.418/06

como estava o processo jurisdicional sem a presença do instrumento adotado pela referida lei. Quanto ao período de tempo, posterior à repercussão geral, foi escolhido devido a atentarmos para o fato de que um novo instituto precisa amadurecer para ser avaliado, logo não seria razoável escolhermos o ano de sua implementação, por exemplo.

#### **2.4. Dados Institucionais**

Os dados institucionais foram recolhidos através da visita e entrevista feita na 3ª vice— presidência do TJ/RJ. As diversas modificações que precisaram ser realizadas no âmbito das instituições serão apresentadas no próximo tópico, da análise de dados.

### **3. Análise de dados**

Serão agora apresentados os resultados obtidos pelo grupo no teste das hipóteses apresentadas. Foram feitos dois tipos de análise, qualitativa e quantitativa. Na primeira, serão apresentadas dados de percepção extraídos da entrevista com a juíza Ana Paula Cardoso, responsável pelo NURER, com as inferências feitas diante deles. Na segunda, será apresentado o índice criado pelo grupo para comprovar numericamente os efeitos da RG no aspecto analítico escolhido pelo grupo, qual seja o impacto nos processos resolvidos antes e depois do instituto.

#### **3.1. Análise qualitativa**

Com o objetivo de fazer uma análise qualitativa dos efeitos da repercussão geral no TJRJ, no dia 30 de abril de 2013 fizemos uma visita à 3ª Vice-Presidência, onde conversamos com a juíza auxiliar Ana Paula Cardoso, que, por determinação da 3ª Vice-Presidente, Desembargadora Nilza Bitar, é responsável pelo NURER.

A percepção da juíza, bem como a nossa própria a partir do que pudemos observar, permitiu-nos fazer determinadas inferências a respeito dos efeitos da repercussão geral no TJRJ.

##### **3.1.1. NURER**

O NURER cumpre uma função essencial na sistemática da repercussão geral. Coordenado pela juíza Ana Paula, conta com uma equipe de funcionários exclusivos para a gestão do núcleo e espaço próprio. Todas as atualizações reali-

zadas pelo site do STF chegam imediatamente ao conhecimento do NURER pelo sistema *push*. Os temas são analisados pela Doutora Ana Paula, que determina quais tem utilidade para o estado do Rio de Janeiro, os quais devem ser incluídos na tabela de temas do TJRJ. Essas tabelas facilitam a consulta acerca dos temas de repercussão geral, o que agiliza a atividade de competência da 3ª Vice— Presidência. Essa sistemática permite a gestão eficiente do núcleo, o que é em si um efeito positivo para o bom funcionamento do mecanismo da repercussão geral.

No NURER todos os processos são digitalizados, tendo em vista que o STF não recebe mais processos físicos. Tínhamos a hipótese inicial de que a RG exigiria adaptações no que tange ao espaço físico, pois os autos de processos sobrestados se acumulariam no TJRJ. De acordo com o que a juíza Ana Paula relatou, essa hipótese se confirma, já que houve ampliação na estrutura física para armazenamento. Essa medida tem consequências positivas uma vez que evita que o processo ou partes dele se percam no envio entre Cortes.

### 3.1.2. *Demanda*

A hipótese inicial do grupo de diminuição da demanda de REs em decorrência da repercussão geral não se confirma na percepção da juíza. Segundo ela, a repercussão geral não intimida os indivíduos de recorrerem, mesmo que tenham um caso que se enquadre em temas de repercussão geral reconhecidos e mérito julgado. Ou seja, a repercussão geral não influenciou na frequência com que os indivíduos recorrem extraordinariamente.

### 3.1.3. *Tempo de Resolução*

A hipótese inicial era de que a repercussão geral diminuiria o tempo de resolução dos REs. Isso porque, antes da criação da repercussão geral, os REs admitidos, ainda que do mesmo tema, eram julgados individualmente somente no STF. Na percepção da juíza, não necessariamente houve uma redução no tempo de resolução do processo decorrente da repercussão geral. Isso porque, apesar de um caso ser imediatamente resolvido (prejudicado) quando o tema já foi julgado pelo STF, também pode acontecer de um determinado tema demorar a ser julgado, o que, por sua vez, implica a demora na resolução de todos os casos.

De qualquer forma, vemos que a sistemática atual, não piora a situação observada anteriormente, uma vez que o número de REs parados seria o mesmo, com a diferença de que antes da repercussão geral estariam parados por

uma insuficiência do STF de resolver individualmente tamanha demanda, e após a repercussão geral, estariam parados por estarem sobrestados, ou seja, aguardando a decisão do caso paradigma. Entendemos que, ao longo dos anos, conforme mais casos paradigmas sejam julgados, o número de REs sobrestados diminuirá, uma vez que mais casos poderão ser solucionados imediatamente por conformidade com a decisão do STF no caso paradigma.

#### **3.1.4. Outros efeitos**

De acordo com a juíza Ana Paula, a repercussão geral muitas vezes engessa um entendimento que, com o passar do tempo e as mudanças sociais, torna-se ultrapassado. Para resolver esse problema, que ocorreria raramente, um caso cujo tema já foi julgado às vezes é enviado ao STF, para que este tenha a oportunidade de modificar ou manter sua decisão no caso paradigmático. É o mecanismo chamado por ela de “oxigenação”.

Um outro efeito da RG citado pela juíza refere-se ao sobrestamento de processos. Este é realizado pelo tribunal de origem e pode acontecer de um caso que não é semelhante ao paradigma ser incluído no grupo de sobrestados. O sistema legal de RG não prevê um recurso específico para casos como este, para que o recorrente cujo caso foi indevidamente sobrestado recorra do sobrestamento, o que seria uma falha. A juíza Ana Paula informou que o TJRJ, para solucionar isso, admite qualquer forma de recurso cabível em RE para que a parte demonstre o eventual erro e tenha seu caso retirado do sobrestamento.

#### **3.1.5. Balanço geral**

De um modo geral, a juíza Ana Paula entende que a RG produziu mais efeitos positivos do que negativos no TJRJ, tanto institucionalmente quanto no que se refere aos processos. Em linhas gerais, ela dá maior importância ao impacto em termos de eficiência promovido pelo instituto, ao permitir que decisões sejam dadas com base em teses, sem a necessidade de extensas fundamentações.

Passamos agora à análise quantitativa, em que verificaremos os efeitos da repercussão geral por critérios objetivos. Daremos enfoque ao teste da hipótese de aumento no número de REs resolvidos como um efeito da RG. Tal hipótese baseia-se na intuição do grupo de que o instituto faria com que menos casos extrapolassem a esfera do TJRJ, onde seriam resolvidos definitivamente. Esse seria um efeito positivo pois mais casos seriam julgados mais rapidamente por meio da conformidade.

### 3.2. Análise quantitativa

#### 3.2.1. Índice de Resolução (IR)

A ocorrência ou não da resolução do processo em decorrência da repercussão geral será testada mediante a comparação entre o número de REs resolvidos antes ( $x_1$ ) e depois ( $x_2$ ) da entrada em vigor da RG, em períodos de apuração de 3 anos (para a fase anterior) e de 2 anos (para a fase posterior).

Haverá aumento de resoluções se  $x_2$  for menor que  $x_1$ . Não haverá aumento de resoluções se  $x_2$  for maior que  $x_1$ .

O número de REs resolvidos deve ser utilizado proporcionalmente ao total de acórdãos existentes em cada período ( $y_n$ ). Essa exigência se presta a evitar que a comparação de medidas absolutas leve a conclusões equivocadas sobre os efeitos da RG. Uma vez que o número de REs resolvidos aumenta absolutamente de um período para outro, não se pode considerar que houve aumento de resolução se houve também aumento proporcional no total de acórdãos. Deve-se, ainda, considerar que houve aumento de resoluções se o número de acórdãos crescer em proporção menor.

Criamos um índice para medir a resolução de REs nos períodos escolhidos, anterior e posterior à repercussão geral. O valor do índice será obtido pela relação entre as variáveis  $x$ , que é o número de REs resolvidos nos respectivos períodos, e  $y$ , que é o total de acordãos naquele intervalo de tempo. Essas, por sua vez, são compostas por outras variáveis.

Na composição do índice em questão, utilizamos as seguintes variáveis:

- Número total de acórdãos ( $t$ ) — É o número total de decisões proferidas pelo TJRJ em segunda instância;
- REs resolvidos ( $r$ ) — aqueles cuja decisão no âmbito do TJRJ é suficiente à satisfação das partes, ou seja, quando a lide não movimentou o mecanismo processual do STF;
- Processos não resolvidos ( $n$ ) — aqueles cuja decisão no âmbito do TJRJ não é suficiente à satisfação das partes, ou seja, quando a lide movimentou o mecanismo processual do STF;
- REs prejudicados ( $p$ ) — aqueles que são resolvidos através da conformidade com a decisão final do STF no caso paradigma;
- REs com repercussão geral negada ( $a$ ) — aqueles que não foram admitidos no TJRJ, uma vez que ao seu tema não foi reconhecida a repercussão geral pelo STF;



- AIs autuados (b) — recursos ao STF contra decisão do TJRJ que prejudica o processo e contra decisão que inadmite o RE por ausência de repercussão geral;
- REs autuados (c) — número total de REs interpostos contra acórdãos.

A variável  $x$  será composta por diferentes variáveis de acordo com o período analisado. Não se trata, porém, de um erro analítico, uma vez que o  $x$  nos diferentes períodos será resultado da relação entre elementos equivalentes. Em outras palavras, a sistemática da repercussão geral alterou a tramitação do RE, o que exige diferentes formas de cálculo do IR para cada período.

Antes da criação do mecanismo da RG, a única função do TJRJ era realizar o juízo prévio de admissibilidade. Tendo isso em vista, são considerados não resolvidos os REs admitidos pelo TJRJ enviados ao STF, bem como aqueles não admitidos que geraram recurso em forma de AI. Sendo assim, para identificar o número total de REs **resolvidos**, basta subtrairmos do total de acórdãos o número de não resolvidos.

Assim, para obter a variável  $x_1$ , calculamos a diferença entre o total de acórdãos ( $t$ ) e os REs não resolvidos ( $n$ ).

$$x_1 = t - n$$

Após a criação do mecanismo de repercussão geral, o TJRJ passou a não somente realizar o juízo de admissibilidade — agora também com o filtro da exigência de RG —, como resolver, no âmbito do TJ, os processos em conformidade com temas de repercussão geral já reconhecidos e mérito julgados.

Quanto à primeira atribuição, o RE pode ser inadmitido, entre outras razões, pela inexistência de repercussão geral. Quanto à segunda atribuição, o juízo de conformidade (aplicação no caso concreto da decisão do STF a respeito do paradigma), torna o RE prejudicado. Em ambos os casos, se a parte não recorre (através do AI) o processo é considerado resolvido. Sendo assim, para identificar o número de REs resolvidos, uma primeira etapa é subtrair o total de AIs autuados (b) da soma entre os REs prejudicados (p) e os que tiveram repercussão geral negada (a).

Uma segunda etapa é subtrair do total de acórdãos ( $t$ ) o número de REs autuados (c). O número obtido dessa etapa mostra o número de casos em que não houve recursos contra o acórdão. Esses processos também não extrapolam o âmbito do TJRJ, devendo ser considerados os processos resolvidos.

Sendo assim, o  $x_2$  é a soma dos valores obtidos na primeira e na segunda etapas.

1ª etapa

$$(p + a) - b$$

2ª etapa

$$t - c$$

então  $\rightarrow$   $x_2 = [(p + a) - b] + (t - c)$

Assim, a verificação da hipótese poderá trazer os seguintes resultados:

$$x_1/y_1 \geq x_2/y_2 \rightarrow \text{não houve aumento de resolução}$$

$$x_1/y_1 < x_2/y_2 \rightarrow \text{houve aumento de resolução}$$

Os períodos de apuração a serem comparados são: os anos de 2004, 2005 e 2006 (anteriores à entrada em vigor da RG); e 2011 e 2012 (posteriores à entrada em vigor da RG). As fontes dos dados são a base de dados do Projeto Supremo em Números,<sup>31</sup> a base de dados do STF e a base de dados da 3ª Vice-Presidência do TJ-RJ.

31 disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br/i-relatorio-abril2011-o-multiplo-supremo/> - acesso em 28/05/2013.

**1º Período de Apuração**

A tabela 1 mostra os dados referentes ao primeiro período de apuração.

**Tabela 1. Nº de REs resolvidos e Nº de total de REs 1º período<sup>32</sup>**

ano	t	n	total
2004	?	7401	?
2005	?	14919	?
2006	?	23367	?

**2º Período de Apuração**

A tabela 2 mostra os dados referentes ao segundo período de apuração.

**Tabela 2. Nº de REs resolvidos e Nº de total de REs 2º período<sup>33</sup>**

Ano	p	a	(p+a)	b	(p+a)-b	t	c	(t-c)	total
2011	330	314	644	2716	-2072	?	6293	?	?
2012	460	652	1112	3037	-1925	?	7366	?	?

Diante da inexistência do dado do número de REs resolvidos, o nosso x teria que ser calculado de uma maneira alternativa. A forma escolhida, apresentada anteriormente, envolvia subtrair do número total de acórdãos o número de REs não resolvidos (n).

Como apresentado na tabela, pode-se perceber a impossibilidade de realizar o cálculo pretendido. O problema mais evidente é a falta dos valores para a variável t, representativa do número total de processos, em ambos os períodos. Não foi possível encontrar esse dado pelo meio disponível à população, o site do TJRJ, nem por meio da ferramenta de consulta jurisprudencial tampouco pelas tabelas da 3ª Vice-Presidência.

Um segundo problema são os resultados negativos obtidos na tabela 2 quando se opera a subtração (p+a)-b. Esses valores podem estar relacionados ao fato de que é possível haver agravos de instrumento (AIs) em quaisquer decisões

32 disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vice\\_pres/3vice\\_pres/estatistica](http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vice_pres/3vice_pres/estatistica) acesso em 28 maio 2013

33 Idem.

interlocutórias (art. 522, CPC), as quais podem ser múltiplas em um mesmo processo. Nas tabelas de dados da 3ª VP, não há a separação entre o número de processos agravados e os não agravados. Assim, o número de Agravos autuados pode exceder em muito o número de REs, o que de fato aconteceu, gerando os números negativos.

Também pode ter contribuído para esse problema o tempo de apuração utilizado. O trâmite processual demorado pode ter feito com que agravos referentes a REs de outro período tenham sido contabilizados no período de análise que escolhemos. Não conseguimos solucionar esse problema de nenhuma forma, já que o TJRJ divulga dados referentes somente ao período posterior a 2010. Ainda assim, mesmo dentro das tabelas disponíveis para consulta, há dados faltantes.

A tabela tipo A foi divulgada para os meses de janeiro a maio de 2010.<sup>34</sup> A tabela tipo B foi divulgada de dezembro de 2010 até setembro de 2012, estando faltantes os dados dos seguintes meses: janeiro e novembro de 2011, e outubro, novembro e dezembro de 2012.<sup>35</sup> A tabela do tipo C é a que foi mais vezes mensalmente apresentada. Está disponível desde março de 2010 até dezembro de 2012.<sup>36</sup> Nenhum dos tipos de tabelas apresentou todas as variáveis de que necessitamos para compor o IR. As variáveis a e p foram retiradas do tipo C. as variáveis c e b foram retiradas do tipo B. Assim, os meses em que, tanto em 2011 quanto em 2012, todos os dados estão presentes são os meses de fevereiro a setembro, período utilizado para os cálculos. Assim, vê-se que além de os primeiros dados a serem divulgados se referirem a período que começa em 2010, há diversos buracos até dezembro de 2012. Acrescenta-se que, à data de conclusão desta pesquisa, mês de maio de 2013, não divulgação de nenhuma informação sobre o ano corrente.

Como se não bastassem os dados faltantes, diferentes tipos de tabelas muitas vezes apresentavam valores diferentes para a mesma categoria, referentes ao mesmo mês. Todos esses problemas mostram a inconsistência dos dados divulgados pelo TJRJ. Isso pode indicar a gerência inadequada da produção de dados e do controle dos processos.

Diante desse panorama, não foi possível o cálculo do IR, tendo em vista que os dados necessários para se chegar a  $x_1$  e  $x_2$ , bem como a  $y_1$  e  $y_2$  são inconsistentes.

Passamos agora à análise quantitativa dos dados presentes no Relatório do II Seminário sobre Repercussão Geral. Ele não permitem que se façam compa-

---

<sup>34</sup> vide anexo B.

<sup>35</sup> vide anexo C.

<sup>36</sup> vide anexo D.

rações entre os períodos anterior e posterior à RG. Contudo, é possível extrair aspectos relevantes do panorama atual do instituto.

### **3.2.2. Taxa de resolução por paradigma e Potencial de resolução por paradigma**

Em 21/03/2012 realizou-se no STF o II Seminário sobre Repercussão Geral. Para avaliar os resultados nacionais do instituto, o STF solicitou dos demais tribunais o preenchimento de questionários com as informações relativas à operacionalização da RG. O TJRJ participou da pesquisa e no relatório do Seminário há diversos dados relevantes sobre o tribunal.

O primeiro que se destaca é o número de processos sobrestados aguardando a decisão do STF em processos representativos da controvérsia sobre o reconhecimento ou não da existência ou não de RG. O TJRJ é o primeiro colocado dentre os 25 respondentes da questão, com 8.840 processos sobrestados na situação descrita. Em outra questão, o TJRJ informou haver 9.723 processos sobrestados aguardando julgamento de mérito de caso paradigma com RG reconhecida pelo STF. Essas são as duas únicas possibilidades que ensejam sobrestamento de REs. Sendo assim, o número total de processos sobrestados que o TJRJ acumulava foi de 18.563. Todos esses REs, portanto, referem-se a paradigmas que ainda não foram resolvidos, seja pelo fato de o tema ainda não ter tido sua RG analisada no STF, seja pelo tema de RG reconhecida ainda não ter sido julgado no mérito.<sup>37</sup>

Posteriormente, o Relatório divulga temas apresentados pelos Tribunais, ainda sem julgamento de reconhecimento de RG pelo STF e os classifica pela quantidade de sobrestados que eles representam. O tema “Previdenciário. Benefício inferior ao salário mínimo”, cujo paradigma é o RE 614352, vindo do TJRJ é o 1º colocado, com 1080 processos sobrestados.

Esse RE é um exemplo potencial de resolução de casos que a repercussão geral possui. Aglutinar em torno de um processo outros 1080, que serão solucionados através de um único julgamento, é um indicador do êxito que pode ser atingido pela RG em termos de eficiência processual, entendida como celeridade, economia processual e satisfação das partes.<sup>38</sup>

A tabela “Dados de Repercussão Geral Final”, disponível no site do STF, também traz dados úteis na busca pelos efeitos do instituto da RG no TJRJ.

37 disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/Resultados\\_apresentados.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/Resultados_apresentados.pdf) - acesso em 28 maio 2013

38 Idem.

**Tabela 3 — status, temas e quantidade de processos do TJRJ no STF<sup>39</sup>**

	status	nº temas	nº de processos
1	R.G. negada	42	4595
2	R.G. reconhecida e mérito pendente	72	6554
3	R.G. reconhecida e mérito julgado	37	720
	total	151	11909

O dado quanto RE 614352 trazido acima indica a grande quantidade de casos que um paradigma julgado pode resolver. Há que se ressaltar que este é um pico de resolução, recorde segundo os dados disponíveis. Já os dados disponíveis na base de dados do STF trazem a média da taxa de resolução de processos até 20 de março de 2012, data da última atualização da tabela, bem como quanto ao potencial médio de resolução de casos atualmente. O potencial médio de resolução de casos é composto pelos processos sobrestados que cuja existência de RG ainda não foi apreciada pelo STF, por isso o termo “potencial”.

Quanto a este último indicador, sua relevância está no fato de que todos os processos envolvidos nesse cálculo passarão, assim que houver seu julgamento de mérito, a compor o primeiro indicador, a taxa de resolução. Em outras palavras, ele fornece uma previsão de como evoluirá o instituto nos próximos anos.

Seu cálculo é simples, sendo o quociente entre o número total de processos com RG reconhecida e mérito pendente (número de sobrestados no TJRJ) e o número total de temas encontrados nesses REs. Ou seja,  $6554 / 72$ , o que resulta em 91 processos por paradigma.

Já taxa de resolução de processos pode ser obtida pelo quociente entre o número total de processos resolvidos e o número de temas desses processos. Isso significa saber quantos processos são resolvidos a cada processo paradigmático que é resolvido.

39 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg> - acesso em 28 maio 2013.

**Tabela 4. temas e casos resolvidos<sup>40</sup>**

status	nº temas	nº de processos
R.G. negada	42	4.595
R.G. reconhecida e mérito julgado	37	720
total	79	5315

Assim, a taxa de resolução de casos por paradigma é de  $5315 / 79$ , o que dá aproximadamente 67 casos resolvidos a cada paradigma resolvido, do início da vigência da RG até 20/03/2012. Esse número nos indica a ocorrência de efeitos positivos da repercussão geral sobre a resolução de casos no TJ, tendo em vista que todos processos contabilizados.

Há que se ver que o indicador de potencial de resolução é de 91 REs/paradigma, razão maior que a taxa de resolução de casos, o que nos indica uma tendência de crescimento desta última. Na situação hipotética de, de uma só vez, todos os 72 paradigmas oriundos do TJRJ serem julgados, a taxa de resolução de casos seria de  $11909 / 151$ , o que resulta em 78 processos resolvidos por paradigma julgado.

É claro que esta é uma situação hipotética que visa a atingir o limite teórico da taxa de resolução de casos na situação atual, divulgada na tabela. Tal cenário não ocorreria na realidade, mas é importante para confirmar quantitativamente a intuição do grupo de que com o passar do tempo, mais casos poderão ser solucionados imediatamente por conformidade com a decisão do STF no caso paradigma.

## CONCLUSÃO

Como já exposto, os testes das hipóteses nos permitiram inferências de efeitos negativos e positivos da repercussão geral, bem como nos permitiram fazer constatações. O primeiro ponto que destacamos é a falta de dados para verificar a variação do número de processos resolvidos. Apesar de haver dados referentes ao período posterior a 2011, para os anos anteriores não há dados disponíveis sistematizados. Isso reflete uma carência organizacional do TJRJ para disponibilizar dados consistentes.

Uma segunda constatação, já relacionada a um efeito direto da RG, refere-se à hipótese de que a repercussão geral faria com o que o TJRJ tivesse pro-

---

40 Idem.

blemas com o espaço físico. Descobrimos, no entanto, que o tribunal realizou obras para adequar sua estrutura de armazenamento dos autos à nova demanda.

Outro aspecto que destacamos é o teste da hipótese de que haveria diminuição no número de REs em decorrência dos julgamentos de temas no STF. Tal hipótese não pôde ser testada quantitativamente. Conseguimos, porém, obter dados de percepção, que sugerem que o instituto não influencia na demanda dos REs.

Também levantamos a hipótese de o tempo de resolução dos processos diminuiria com a RG. Assim como a anterior, esta não pôde ser testada quantitativamente por falta de dados adequadamente sistematizados. Porém, dados de percepção indicam que não houve alteração no aspecto analisado. Há ainda uma tendência de diminuição nesse tempo de resolução, o que, por sua vez, pôde ser comprovado quantitativamente com a obtenção das taxas de resolução de processos por paradigma (67 processos/paradigma) e do potencial de resolução de processos por paradigma (91 processos/paradigma).

Assim, diante de nossas conclusões, avaliamos que a repercussão geral produziu mais efeitos positivos do que negativos no TJRJ, tanto institucionalmente quanto sobre seus processos. Muitas de nossas inferências baseiam-se em dados de percepção, sendo poucas delas corroboradas por dados quantitativos. Esse panorama nos leva a propor a criação de um sistema informatizado único para todos os tribunais do país. Tal instrumento permitiria uma uniformidade de exposição e sistematização de dados, o que, acreditamos, tornaria possível avaliações mais consistentes dos impactos da repercussão geral.

## Referências Bibliográficas

### Livros:

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego; CERDEIRA, Pablo. **I Relatório do Supremo em Números**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, abr. 2011.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2006.

RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a Questão do Acesso à Justiça. **Revista Direito GV**, vol. 4, núm. 2. São Paulo: 2008, páginas 465-491.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª Edição. Brasil: Editora Malheiros.

#### Artigos:

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. **Reforma do Judiciário Analisada e Comentada**, São Paulo: Editora Método, 2005.

DIDIER JR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

#### Legislações:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

BRASIL. Regimento interno do STF.

BRASIL. Ato executivo TRRJ nº 4566/2012, de 09 de novembro de 2012.

**Links:**

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=44577](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44577)

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/Resultados\\_apresentados.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/Resultados_apresentados.pdf) — acesso em 28 maio 2013

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg> — acesso em 28 maio 2013

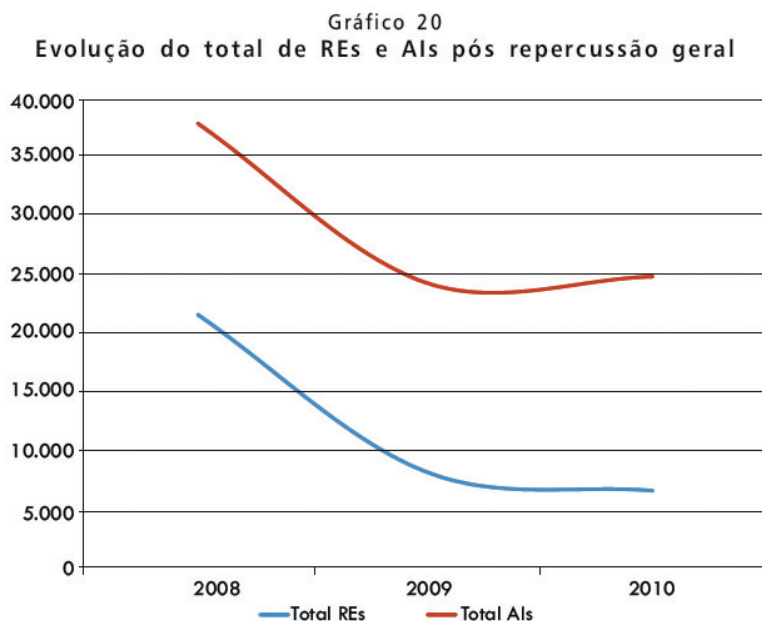
<http://www.supremoemnumeros.com.br/i-relatorio-abril2011-o-multiplo-supremo/> — acesso em 28 maio 2013.

[http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vice\\_pres/3vice\\_pres/estatistica](http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vice_pres/3vice_pres/estatistica) — acesso em 28 maio 2013

## Anexos

### ANEXO A — total de REs e Als pós repercussão geral

Gráfico 1<sup>41</sup>



41 Gráfico obtido em: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego; CERDEIRA, Pablo. I Relatório do Supremo em Números. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, abr. 2011.

## ANEXO B — tabela 3ª VP tipo A

Terceira Vice-Presidência	
Estatística referente ao mês de JANEIRO de 2010	
Processos recebidos	2662
Recursos autoados	3239
Conclusão	7163
Recursos admitidos	49
Recursos inadmitidos	1622
Recursos sobrestados	1264
Agravos autuados	639
Remessa para STJ	1662
Remessa para STF	406
Processos recebidos do STJ	1653
Processos recebidos do STF	213
Processos baixados a origem	2715
Processos remetidos ao arquivo	2563

## ANEXO C — tabela 3ª VP tipo B

## ESTATISTICA 3a VICE PRESIDENCIA

Período de 01 a 28 de Fevereiro de 2011

PROCESSOS RECEBIDOS | Quant|

Juizados Especiais Cíveis | 188 |

Juizados Especiais Criminais | 1 |

Camaras Cíveis | 2155 |

Orgao Especial | 12 |

Medidas Cautelares | 7 |

TOTAL | 2363 |

RECURSOS AUTUADOS | Quant|

Recursos Especiais | 1694 |

Recursos Extraordinarios | 665 |

TOTAL | 2359 |

CONCLUSAO A 3a VICE PRESIDENCIA | Quant|

Despachos Ordinatorios | 3647 |

Despachos Outros | 342 |

Recursos Especiais | 2649 |

Recursos Extraordinarios | 1021 |

Medidas Cautelares | 17 |

Embargos de Declaracao R Especiais | 24 |

Embargos de Declaracao R Extraordinarios | 10 |

Decisoes Outras | 2177 |

TOTAL | 9887 |

RECURSOS ADMITIDOS | Quant|

Recursos Especiais | 19 |

Recursos Extraordinarios | 1 |

TOTAL | 20 |

RECURSOS INADMITIDOS | Quant|

Recursos Especiais | 861 |

Recursos Extraordinarios | 200 |

TOTAL | 1061 |

RECURSOS SOBRESTADOS | Quant|

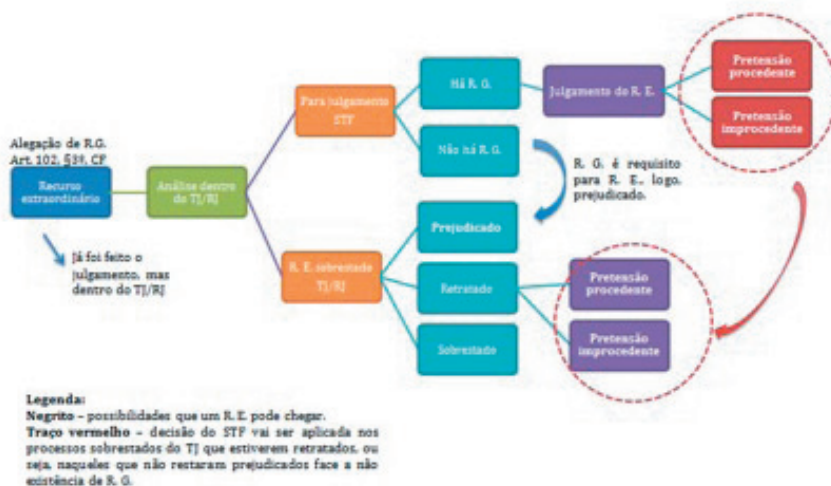
Recursos Especiais | 0 |

Recursos Extraordinarios | 0 |

Demais Recursos Extraordinarios | 0 |

3ª VICE-PRESIDÊNCIA - GABINETE			
PERÍODO: FEVEREIRO/2011			
TIPOS DE DECISÃO			QUANTIDADE
Juízo de Admissibilidade	STF	Admitidos	0
		Não admitidos	293
	STJ	Admitidos	8
		Não admitidos	1.022
Não admissão por inexistência de Repercussão Geral			18
Sobrestamento	Superior do Tribunal de Justiça		242
	Supremo Tribunal Federal		192
Prejudicados	Decisão do TJ de acordo com STJ		65
	Decisão do TJ de acordo com STF		31
Remessa à Câmara	Decisão do TJ contrária ao STJ		15
	Decisão do TJ contrária ao STF		7
Embargos de Declaração	Acolhidos		17
	Rejeitados		93
Cautelares	Deferidas		0
	Indeferidas		8
Decisões / Despachos			1.563
TOTAL GERAL:			3.574

## ANEXO E — esquema da repercussão geral



Obs.: Também o resultado de julgamento de mérito em casos com repercussão geral reconhecida, quando aplicado em casos do TJRJ sobrestados e retratados gera processos que se enquadram na categoria “prejudicados”.

## ANEXO F — perguntas das entrevistas

1 — A RG é um tema considerado recente, tem apenas 9 anos. Gostaríamos de saber qual é a sensação que vocês do TJ tem com essa modificação?

2 — Com a aprovação da EC/04, vocês criaram uma expectativa, qual era? Ela se confirmou ou não?

3 — Quais são os problemas que vocês enfrentam hoje para concretizar a RG?

4 — Na opinião de vocês, quais seriam as soluções possíveis?

5 — Você tem estrutura física para comportar os processos parados?

6 — Qual a logística (parte especializada, espaço físico) que o TJ possui para comportar os processos com temas de RG?

7 — Há pessoal específico para analisar os processos ou isso é feito de maneira aleatória?

8 — Quais os meios de comunicação entre o TJ/RJ e o STF a título de RG?

9 — Qual tempo de duração em média que os processos ficam sobrestados?

10 — Se vocês pudessem optar e atuar como legisladores, vetariam a EC/04?

11 — Apesar de diminuir os processos que chegam ao STF, as partes que não tem o processo admitido como RE tentarão tê-lo como outro tipo processual, isso procede? Se sim, a economia de RE que a RG faz não faz haver uma compensação em outra classe processual?





# O juiz e o direito: a judicialização da saúde na região metropolitana do Rio de Janeiro

GUILHERME NIGRI

HELENA STEVANATO DOBLER

HERMÍNIA HORTÊNCIA HERMSDORFF

LARISSA COSTA DE SOUZA

MAISA BERNACHI

MARIANA BENTO

## Introdução

Buscamos analisar, neste artigo, o perfil dos processos que demandem que o Judiciário garanta o acesso à saúde. A percepção do crescimento exponencial das demandas judiciais no Brasil envolvendo o acesso ao direito à saúde, no contexto de uma Constituição que remete ao Estado o dever de prover saúde<sup>1</sup>, foi o que deu ensejo a essa pesquisa.

Esta pesquisa foi desenvolvida a partir da coleta de dados sobre os processos de primeira instância dispostos no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O escopo da pesquisa contemplou todas as comarcas pertencentes à Região Metropolitana do Rio de Janeiro, totalizando 1.256 processos entre os anos de 2009 e 2011. O produto principal da pesquisa é um banco de dados a partir do qual é possível a realização de estudos quanto ao perfil dos litígios envolvendo saúde pública nesta determinada região, dado o recorte temporal. Pretendeu-se, para tanto, verificar se o fato da região possuir avaliações variadas entre as suas cidades, tanto nas avaliações do Sistema Único de Saúde, quanto nas Demografias Médicas dos últimos anos, implica também em um número diferente da judicialização de questões que envolvem o direito à saúde, ou seja, se a realidade percebida por essas avaliações reflete na quantidade de demanda judicial para garantia deste direito.

Segundo pesquisa desenvolvida pelo Centro de Políticas Sociais do Instituto Brasileiro de Economia da FGV, divulgada em 2008, enquanto Niterói tem um médico para cada 93,55 habitantes, Belford Roxo possui um médico para

---

1 Art. 196, CRFB/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

cada 6.879 habitantes e São João de Meriti e Duque de Caxias, um para 2.832 e 2.841, respectivamente. A média nacional é de um médico para cada 500 habitantes. Na análise de dados mais recente do Índice de Desempenho do SUS, os resultados mostram o Rio de Janeiro com a terceira pior nota entre os estados e o Município do Rio de Janeiro, a pior entre as capitais. Essa disparidade entre cidades de uma mesma região metropolitana foi o que nos chamou atenção e desencadeou o interesse para que realizássemos a presente pesquisa.

Cabe apontarmos que ainda existem lacunas no que diz respeito aos conhecimentos produzidos, até então, sobre o assunto, não existindo outros trabalhos que tenham se dedicado a analisar processos de primeira instância das cidades que compõem a região metropolitana do Rio de Janeiro. O plano de exposição do trabalho divide-se em três partes, sendo elas a metodologia utilizada para realização desta pesquisa, uma parte teórica na qual buscamos abordar os pontos necessários para um melhor entendimento dos dados que foram buscados e uma parte empírica, na qual analisamos os dados coletados. Partimos, então, da hipótese de que haveria relação entre essa conjuntura acima descrita e os resultados obtidos.

## 1. Metodologia

Este artigo tem como objetivo a análise da judicialização da saúde pública no Estado do Rio de Janeiro, utilizando como instrumento processos de primeira instância nas cidades que integram a região da Grande Rio, a qual é composta pelas seguintes cidades: Rio de Janeiro, Belford Roxo, Niterói, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaboraí, Japeri, Magé, Maricá, Mesquita, Nilópolis, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, São Gonçalo, São João do Meriti, Seropédica e Tanguá. Cabe ressaltar que no momento da realização da busca de dados no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, percebemos que não havia a possibilidade de busca em relação a duas comarcas: a de Tanguá e a de Mesquita. Atribuímos isso ao fato da cidade de Tanguá ter tido a sua emancipação política de Itaboraí em 1995 e Mesquita ter se emancipado de Nova Iguaçu em 1999, então possivelmente os processos das comarcas de Tanguá e Mesquita foram para as comarcas de Itaboraí e Nova Iguaçu, respectivamente. A escolha da região como o recorte espacial para a pesquisa foi feita considerando ser este o Estado em que estamos inseridos, adicionado ao fato do Rio de Janeiro nos ter chamado atenção por ter sido considerado o terceiro estado com maior volume de processos relacionado à saúde do país, conforme dados de 2010 do CNJ<sup>2</sup>.

---

2 Fonte: Conselho Nacional de Justiça.

Podemos elencar, como mais uma justificativa para a escolha do critério espacial o IDSUS da cidade do Rio de Janeiro ser o pior dentre as capitais de todo o Brasil, e também se esta avaliação do IDSUS pode se espelhar numa maior judicialização da saúde.

Pudemos perceber, ademais, conforme pesquisa<sup>3</sup> realizada pela CPS/IBRE/FGV que aponta o ranking de médicos por habitantes, grandes disparidades entre cidades que integram a região do Grande Rio, sendo Niterói a melhor cidade do ranking, com 93,55 habitantes por médico, e Belford Roxo, com 6.878 habitantes por médico, tendo apresentado o pior resultado da pesquisa. Visto essa discrepância no resultado, reafirmamos a escolha da citada região como escopo de nossa pesquisa por nos possibilitar uma análise multifacetada.

A fim de realizarmos uma análise quantitativa dos processos das comarcas acima citadas, foi desenvolvido primeiramente um questionário<sup>4</sup>, o qual continha, entre demais perguntas, se havia tido pedido de antecipação de tutela e em caso afirmativo, se este havia sido concedido, qual era o conteúdo do pedido — fornecimento de medicamento, tratamento, exame, prevenção, e outros, sendo que no caso de ser um motivo diverso dos que havíamos alistado, especificávamos por escrito — e quem representava o autor da causa. Vale destacar que o questionário original sofreu modificações ao longo da pesquisa visto que nos deparamos com algumas variáveis constantes que não havíamos pensado quando o elaboramos.

Além de um recorte espacial, determinados um recorte temporal, que se restringe aos anos de 2009 a 2011, tendo essa escolha a justificativa de uma maior atualidade dos dados combinado com uma disponibilidade online maior dos mesmos, acrescido à chance dos processos analisados já terem sido julgados também ser maior.

Outro recorte que fizemos em nossa busca foi o de alcançar apenas os processos que tinham como réu os entes públicos — Estado do Rio de Janeiro e o respectivo Município —, uma vez que se fôssemos buscar também pelo secretário de saúde como réu, seria necessário conhecimento de seu nome, o que tornaria a pesquisa inviável. Além do mais, com base no artigo 23, II da Carta Maior<sup>5</sup> objetivamos conhecer o nível de litigância dos estados e dos municípios.

3 A pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas leva em conta os municípios brasileiros com mais de 250 mil habitantes.

4 Ver Anexo C, p. 25.

5 Art. 23, II, CRFB/88: É competência comum da União, dos Estados, Do Distrito Federal e dos municípios, cuidar da saúde e da assistência pública.

No decurso da pesquisa, nos deparamos com algumas dificuldades, pois a pesquisa foi realizada pelo site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>6</sup>, o qual algumas vezes se encontrava fora do ar como nos dias 20/03/2013 e 29/03/2013, sendo importante destacar que é preciso levar em conta, também, erros de digitação na hora de transcrever o processo para o meio digital, como em um processo que encontramos que estava escrito “Estodo do Rio de Janeiro” ao invés de “Estado do Rio de Janeiro”, o que pode acarretar na perda de alguns processos para nossa pesquisa. No entanto, a perda não é substantiva e não prejudica as conclusões aqui apresentadas.

Ao final da busca de dados, foi criado um banco de dados de 1.256 processos, considerado por nós uma amostra significativa da judicialização da saúde pública do Rio de Janeiro, nos permitindo analisar a atuação dos juízes no que concernem as questões de saúde, por exemplo.

## 2. Judicialização e atuação do poder Judiciário

A partir do final do século passado foi possível perceber uma expansão do papel do Poder Judiciário no Brasil<sup>7</sup>, ampliando a função jurisdicional de proteger direitos e solucionar conflitos, sendo assim modificada a tradicional separação dos poderes. Trata-se do processo da Judicialização da Política nas relações sociais, a qual corresponde à atuação do Poder Judiciário na esfera política, na qual questões políticas passam a ser consolidadas pela autoridade jurídicas em suas decisões<sup>8</sup>.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>9</sup>, essa alteração na função jurisdicional teve três grandes causas: a primeira delas foi a redemocratização do país, cujo marco principal se encontra na instituição da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna conferiu autonomia, por meio de garantias institucionais, para aqueles que têm cargos no poder Judiciário. Um exemplo de garantia pode ser encontrado no disposto no art. 99 §1º da CRFB/88, uma vez que este garante autonomia orçamentária para esse terceiro Poder, tornando-o autônomo por não necessitar se submeter a outros poderes, como Legislativo e Executivo. Se dependessem do recebimento de recursos por parte dos mesmos, as decisões do

6 Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>

7 CARVALHO, Rodrigues Ernani. Em busca da Judicialização da Política no Brasil:apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.*, n. 23, Curitiba, 2004. p. 115.

8 Ibid, p. 115.

9 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, 2009.

Judiciário poderiam apresentar certo grau de influência, uma vez que teriam a preocupação de agradá-los para que pudessem receber recursos.

A segunda causa é que também na Constituição são encontradas matérias que, antes de 1988, seriam de âmbito legislativo e, ao colocá-las no âmbito constitucional, tornam-se direitos e, conseqüentemente, podem ser exigidos pelos cidadãos em âmbito judicial, isto é, o indivíduo não mais fica “a mercê” da vontade dos legisladores, uma vez que a Lei Maior garante a eles direitos, os quais devem ser respeitados por todos os poderes e todos os cidadãos.

E a terceira e última causa para as proporções do fenômeno da judicialização, atualmente, é existência do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, o qual é exercido pelo Poder Judiciário. Esse controle, no Brasil, permite que um juiz deixe de aplicar uma lei em um caso concreto, caso a considere inconstitucional, além de ter a permissão de que a constitucionalidade de certas leis seja questionada diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Apesar de todos os aspectos positivos como uma maior garantia dos direitos, além da maior possibilidade de exigência dos mesmos, há correntes que acreditam que o Judiciário não é um meio de garantir direitos e ter problemas solucionados, uma vez que muitos desses problemas poderiam ser solucionados fora da esfera jurídica<sup>10</sup>.

Cabe ainda destacar que o fenômeno da judicialização da política pode acarretar tensões entre os Poderes, uma vez que há uma interferência do Judiciário na esfera de atuação dos demais, colocando em debate os limites da separação de poderes separação dos poderes<sup>11</sup>. Há, portanto, quem defenda uma distinção entre os assuntos jurídicos e políticos a fim de evitar uma saturação de processos na esfera judiciária.

## 2.1. O debate entre Owen Fiss e Lon Fuller sobre a função do Judiciário

No tocante à judicialização e a atuação do juiz, podemos observar também o debate doutrinário entre os autores Owen Fiss e Lon Fuller, no qual o juiz apresenta funções distintas. Enquanto para Fiss<sup>12</sup>, a função do Judiciário é dar con-

10 MELO, André Luís Alves de. A judicialização do Estado Brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2408>>. Acesso em: 27 de abr. 2013.

11 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização: duas análises. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 57, 2002. p. 114.

12 FISS, Owen. **Um novo processo civil — Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

cretude aos valores constitucionais ao resolver as chamadas “questões policêntricas”, ou seja, questões globais que apresentem mais de uma faceta, “como uma teia de aranha onde mexer em uma parte implica repercussões múltiplas”<sup>13</sup>, para Fuller<sup>14</sup> os juízes devem se ater a resolver os casos concretos, não sendo possível que o juiz resolve uma questão global. A independência do Judiciário é outro ponto de divergência entre esses dois autores, já que para Fiss é imprescindível que a independência seja uma característica do Judiciário já que ele tem a função de interpretar a Constituição, enquanto para Fuller a independência não é tão importante uma vez que a interpretação da Constituição não é trazida a tona.

Para Fiss o Judiciário, representando o Estado, tem que estar sempre promovendo direitos, e não agindo somente para resolver um caso específico e sendo assim, os casos concretos enfrentados pelo juiz são ferramentas para que ele cumpra a finalidade de garantir o exercício dos direitos atribuídos pela Constituição. Já para Fuller, o ponto chave é o limite que será dado à função do Judiciário, uma vez que ao definirmos os limites do Judiciário definimos também as situações na qual a atuação deste será adequada. O juiz pensado por esse autor tem um olhar voltado para o passado, uma vez que para Fuller dar argumentos racionais — sendo este o ônus do juiz — é manter uma relação entre a decisão tomada naquele momento e decisões do passado. Fuller não chega a abordar, em seu texto, a possibilidade do juiz precisar fazer interpretações da Constituição, o que não é sinônimo do juiz ser nulo, no entanto o autor posiciona-se no sentido de que a atuação do juiz se esgota no momento em que ele resolve o conflito que lhe foi apresentado, sendo que o que acontece em volta do conflito não é mais importante do que determinar se houve um ilícito ou não.

Quanto a isto, o juiz imaginado por Fiss é diferente, pois ele deve interpretar a Constituição para naquele caso concreto que lhe foi entregue, poder fazer com que os direitos intitulados pela Carta Magna sejam garantidos no mundo fático, ou seja, o juiz de Fiss aplica o direito constitucional, tornando-o real. Os processos relacionados à promoção da saúde são tidos como questões policêntricas, já que há uma multidimensionalidade que extrapola a questão do direito ser aplicável ou não, como por exemplo, a escassez dos recursos estatais, a situação socioeconômica do autor da ação e os efeitos da decisão sobre outros casos similares. O juiz de Fiss seria perfeitamente capaz de resolver um conflito desses, pois apesar do autor reconhecer que o Judiciário tem limites técnicos, ele admite também a capacidade de resoluções desses conflitos policêntricos. Já

13 Disponível em <<http://direitoeprocessos.blogspot.com.br/2007/12/featuring-owen-fiss.html>>. Acesso em 13 abr. 2013.

14 FULLER, Lon L., *The Forms and Limits of Adjudication*. Harvard. L. Rev. 353 (1978).

o juiz de Fuller não estaria apto a resolver um caso desses, já que este tipo de ação requer que se vá além do caso concreto, e o juiz fulleriano não deve se ater à resolução do caso concreto.

## 2.2. Judicialização do direito à saúde

Judicialização da saúde é um termo utilizado para designar a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.<sup>15</sup> No Brasil, a provocação ao Judiciário para efetivar tal direito, torna-se possível com a Carta Magna de 1988, que positivou em seu artigo 196 uma prestação positiva do Estado de garantir o direito à saúde de forma universal. Portanto, conforme as palavras do Luís Roberto Barroso “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”<sup>16</sup>. Foi, contudo, a partir da década de 1990 que a demanda judicial contra os Poderes Públicos teve início<sup>17</sup>.

As primeiras reivindicações foram feitas por pacientes com portadores do vírus HIV que buscavam por intermédio do acesso à justiça, medicamentos e tratamentos médicos. Com o passar dos anos, foram desenvolvidas políticas públicas objetivando o tratamento e a prevenção da doença, houve, portanto, um avanço na assistência a tais pacientes. A população em geral passa a reconhecer uma relação positiva entre o acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde<sup>18</sup>.

Foi por meio desse contexto, que houve um crescimento exponencial de provocações judiciais contra os entes públicos<sup>19</sup>, o que desencadeou consequências quanto ao processo de judicialização da saúde, tornando-se um tema complexo no direito brasileiro. Tal complexidade ocorre pelo fato de haver não apenas aspectos positivos quanto à atuação judicial no direito à saúde, como também uma análise crítica negativa a respeito de tal tema<sup>20</sup>.

Algumas questões surgem em relação ao assunto: O acesso a determinados direitos por meio de decisões do Judiciário estaria privilegiando determinadas classes brasileiras detentoras de maior poder de reivindicação? A alta deman-

15 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial — critérios e experiências. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008, p. 2.

16 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, 2009. p. 6.

17 VENTURA, Miriam. Judicialização da saúde: acesso à justiça e a efetividade do direito a saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2010. p. 82.

18 Ibid. p.82.

19 Ibid. p 84.

20 Ibid, p.84.



da faria com que o Judiciário se valesse de respostas automáticas para resolver as demandas?<sup>21</sup> A Judicialização geria, ainda, uma tensão entre legitimidade e competência, uma vez que não caberia ao Poder Judiciário decidir sobre a prestação estatal, sendo essa um dever do Poder Executivo?

Miriam Ventura (2010) aponta três posições no debate jurídico atual: a primeira delas defenderia que a eficácia do direito à saúde deve ser restrita aos serviços do Sistema Único de Saúde<sup>22</sup>. A segunda corrente defende que o direito à saúde implica em uma garantia do direito à integridade física e, sobretudo, à vida, sendo papel do Judiciário obrigar o fornecimento do pedido, independentemente de já constar ou não nas listas do SUS. E por último, haveria o posicionamento mais aceito pela doutrina atualmente, que entende que a eficácia de tal direito por via judicial depende de uma análise do Judiciário do caso concreto, cabendo ao juiz fixar o conteúdo da prestação do Estado através de uma ponderação de direitos e interesses relevantes em jogo.<sup>23</sup>

### 3. Análise dos dados coletados

O campo escolhido para a realização da pesquisa foi a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e, assim considerado, cabe breve exposição de alguns dados para contextualizá-la no tocante à saúde, como os do Índice de Desempenho do SUS (IDSUS) e a Demografia Médica.

O IDSUS leva em consideração tanto o acesso e a efetividade da Atenção Básica, da Atenção Ambulatorial e Hospitalar e das Urgências e Emergências e possui diversos indicadores, mas vamos focar no índice de efetividade do SUS nos Municípios e o Índice de acesso do SUS e por fim o desempenho do mesmo<sup>24</sup>. Impressiona o fato de que nenhum dos Municípios pesquisados possui um índice superior a 4,99 em uma escala de 1 a 10 quanto ao desempenho do SUS nessas regiões, lembrando que a média nacional é 5,4.

A importância Demografia Médica se dá pelo fato de que os médicos têm diversas funções na questão de saúde como a prevenção e o tratamento. Um número maior de médicos por habitantes pode modificar o número de processos sobre saúde, seja por terem mais provas da necessidade de medicamentos, ou por já terem feito prevenção não precisando de um número tão elevado de processos. A tabela em

21 Ibid. p. 92

22 A título de exemplo: atualmente são 810 os medicamentos disponíveis na Relação Nacional do SUS.

23 VENTURA, 2010, p. 103.

24 Dados disponíveis em <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id\\_area=1080](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1080)> Acesso em 20 mar 2013. Ver Mapa no anexo A.

anexo<sup>25</sup> mostra a relação médico/habitante na região. Destaca-se Niterói como o Município com o maior número de médicos para sua população e Queimados como o pior, lembrando que a média nacional é de um médico por cada 500 habitantes.

### 3.1. A qualificação dos proponentes

As primeiras questões colocadas no questionário se relacionavam com a qualificação do sujeito proponente da ação. A qualificação se relacionou a dois dados: gênero do proponente e idade. Primeiramente é preciso informar que a idade foi um dado bastante difícil de obter, a não ser em casos em que o proponente é menor de idade ou idoso. Em razão da pouca informação disponível sobre a idade, mantemos os dados encontrados, mas não faremos uma maior análise sobre estes.

O gênero do proponente foi procurado em todos os processos e podia ser qualificado como Masculino, Feminino ou Não foi possível verificar. O nome do autor do processo é facilmente localizável no processo, entretanto existem casos que o nome é unissex ou, por exemplo, a autoria da ação é do Ministério Público. Os dados se distribuíram da seguinte forma:



O que se pode perceber no gráfico, no entanto, é uma quase paridade entre processos propostos por homens e mulheres, o que demonstra que não podemos fazer qualquer relação entre o sexo do proponente e os processos. A diferença de 7% não seria uma discrepância que tornaria visível qualquer inclinação de um destes entrar mais constantemente na justiça ou não.

<sup>25</sup> Dados disponíveis em < [http://www.cps.fgv.br/ibrecps/medicos/MED\\_Texto.pdf](http://www.cps.fgv.br/ibrecps/medicos/MED_Texto.pdf) > . Acesso em 22 mar 2013. Ver tabela no anexo B.

### 3.2. A existência ou não do litisconsórcio

Ao analisarmos um processo, um dos elementos ao qual devemos estar atentos é quanto a quem figura os polos, passivo e ativo. Chamadas de partes do processo, temos que o polo ativo é configurado pela parte que entra no Judiciário para a exigência de algum direito e o polo passivo é à face de quem se pede a exigência deste direito. É comum que se pense que somente uma pessoa pode figurar cada um desses polos, no entanto, um fenômeno bastante recorrente, principalmente no processo civil é o do litisconsórcio<sup>26</sup>, no qual há pluralidade de figuras no polo passivo ou no polo ativo, ou em ambos<sup>27</sup>.

Outra razão para a existência do litisconsórcio é a vantagem econômica obtida quando se tem somente um processo, mesmo com mais de um autor e/ou réu do que mais de um processo, porque dessa maneira a jurisdição é movimentada somente uma vez e é dada apenas uma sentença<sup>28</sup>. No universo dos processos analisados, que somaram um total de 1.256 processos, pudemos observar que, em 1.030, ou seja, (82%) deles, verificou-se a existência do litisconsórcio passivo, como pode ser observado no gráfico abaixo.



26 Essa exceção à visão clássica que reconhece apenas duas partes figurando o elemento subjetivo de um processo justifica-se, principalmente, pela harmonização dos julgados, sendo “preciso que os vários autores ou réus tenham, pelo menos, afinidade por um ponto comum”. A harmonização dos julgados garante que não sejam conferidas decisões divergentes e conflitantes a processos semelhantes, uma vez que se não houvesse a figura do litisconsórcio as ações seriam propostas individualmente, tendo, assim, o risco de que estes fossem distribuídos a juízes diferentes.

27 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 3. Ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193.

28 *Ibid*, p.193.

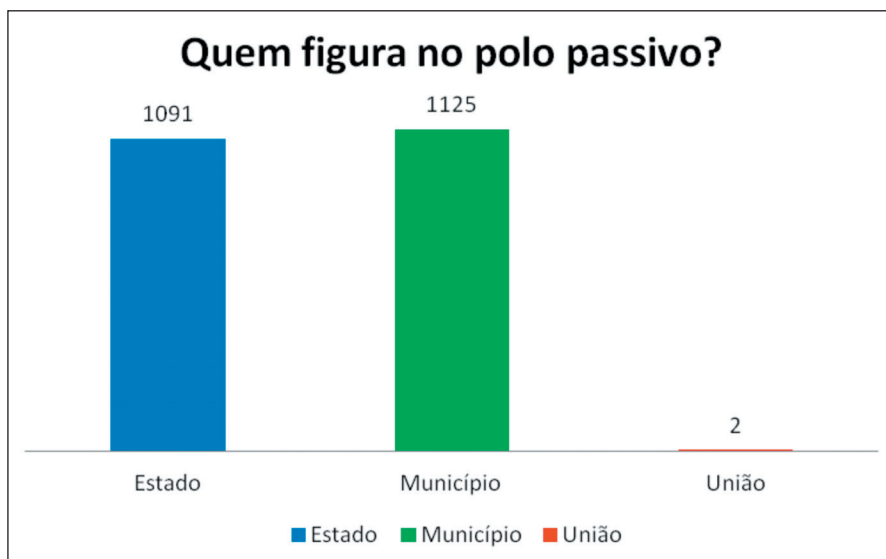
Podemos elencar alguns argumentos que sustentem o grande número de processos nos quais o litisconsórcio passivo está presente. Um dos argumentos trazidos à tona, inclusive nas decisões de alguns juízes, é quanto à competência comum dos entes federativos de “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”<sup>29</sup> e por este motivo vemos que, como um dos motivos para a existência da pluralidade de partes é um ponto em comum ou afinidade no processo, encontra-se neste dispositivo a resguarda legal de um pedido concernente à saúde ser adereçado ao Estado, Município e União. Esse argumento pode ser visto em algumas decisões, como, por exemplo, um dos juízes que a justificou dizendo:

Além do mais, é sabido de que a saúde pública, com base no art. 23, II, da CF/88, é matéria de competência comum dos entes federativos. Dessa forma, de acordo com o princípio do federalismo cooperativo consagrado pela nossa Carta Magna, é dever de todos, e não apenas de um ente, a prestação do serviço de saúde pública, havendo solidariedade entre União, Estados, Distrito Federal e Município no atendimento ao direito fundamental da saúde.

Quanto a esse ponto, pudemos perceber também, que somente duas das ações foram movidas contra a União, e a isso atribuímos o fato de que o indivíduo sente-se muito distante deste ente, diferentemente do sentimento do indivíduo em relação ao Município, no qual há uma proximidade maior. Há, também, uma maior complexidade no acesso à justiça federal, precisando o indivíduo se dirigir a um tribunal federal para entrar com um processo contra a União. Isso se expressou nos dados analisados, sendo que dentre os 1.030 processos com litisconsórcio passivo, 962 deles eram de litisconsórcio entre o Estado e o Município, configurando um número expressivo.

29 Art. 23, I, CRFB/88 “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

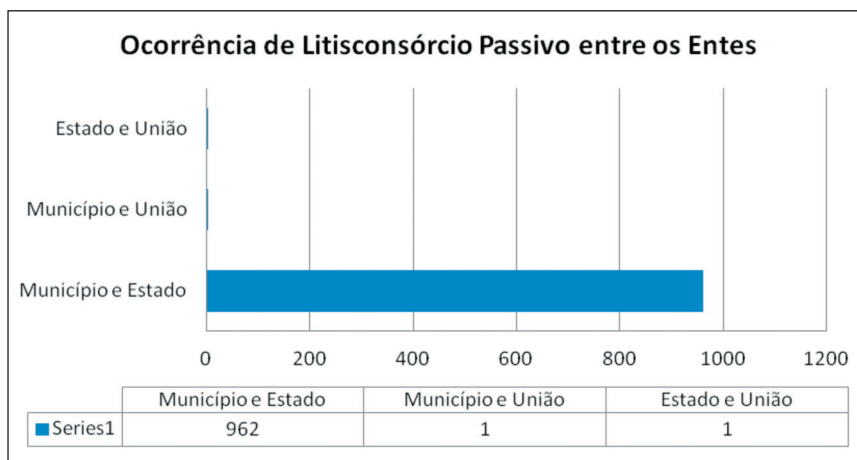


Uma razão possível para que tenhamos encontrado um número tão grande de litisconsórcio entre Estado e Município é pelo fato da nossa pesquisa ter sido no recorte da região metropolitana do Rio de Janeiro. Isso se dá pelos municípios dessa região estarem mais ligados à capital do que municípios geograficamente mais distantes. Essa afirmação não pode ser feita com base no nosso banco de dados, no entanto esta foi uma das perguntas que nos fizemos para justificar esse fenômeno.

A problematização da competência solidária entre os entes acima citada pode ser percebida em decisões de outros Estados, como por exemplo, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, que confirma a solidariedade<sup>30</sup>. No entanto, encontramos uma outra decisão, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que ia na mesma direção, dizendo haver uma competência solidária dos três entes federativos. Nessa decisão mineira, porém, a União alegou não ter a competência de pagar medicamento para um indivíduo, dividindo essa responsabilidade entre o Município e o Estado<sup>31</sup>.

30 Disponível em <<http://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/141614/uniao-estados-e-municipio-tem-obrigacao-solidaria-de-fornecer-medicamentos>> Acesso em 02 mai 2013.

31 Disponível em <<http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2230548/tribunal-determina-que-uniao-estado-e-municipio-devem-assegurar-tratamento-a-paciente-que>> Acesso em 02 mai 2013.



Verificamos que nos dois processos em que a União foi litigada, um foi em conjunto com o Município e o outro com o Estado. Nos 66 processos com litisconsórcio restante verificamos que a ação foi, na maior parte dos casos, contra o Município em conjunto com fundações municipais, contra o Município e a Secretaria Estadual de Saúde ou contra o Município e hospitais.

Diferente do que pudemos analisar no litisconsórcio passivo, há um número muito pequeno de processos nos quais há a presença do litisconsórcio ativo. Dentre os processos analisados, apenas 1% apresentaram essa característica, representando 16 processos frente aos 1.256 analisados, como é possível ver no gráfico abaixo.

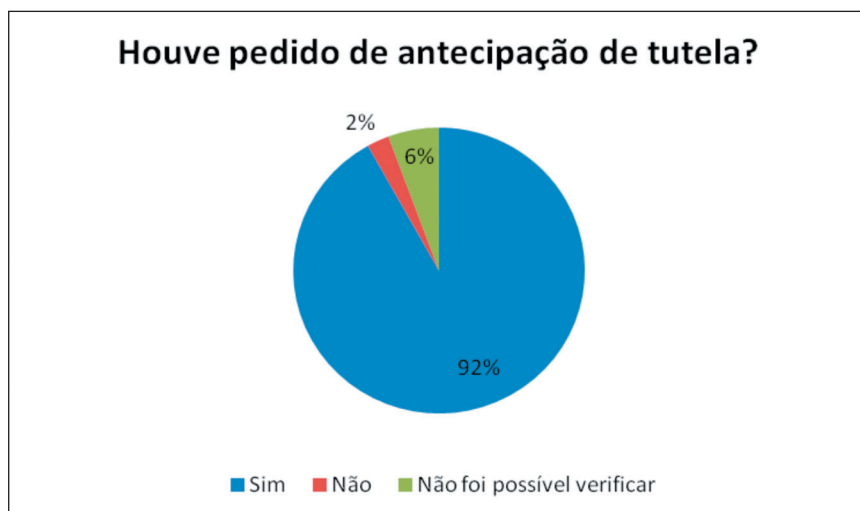


Podemos atribuir a esse baixo número referente à pluralidade de partes no polo passivo a característica de que questões de saúde são, em sua maioria, individuais.

### 3.3. Antecipação de tutela

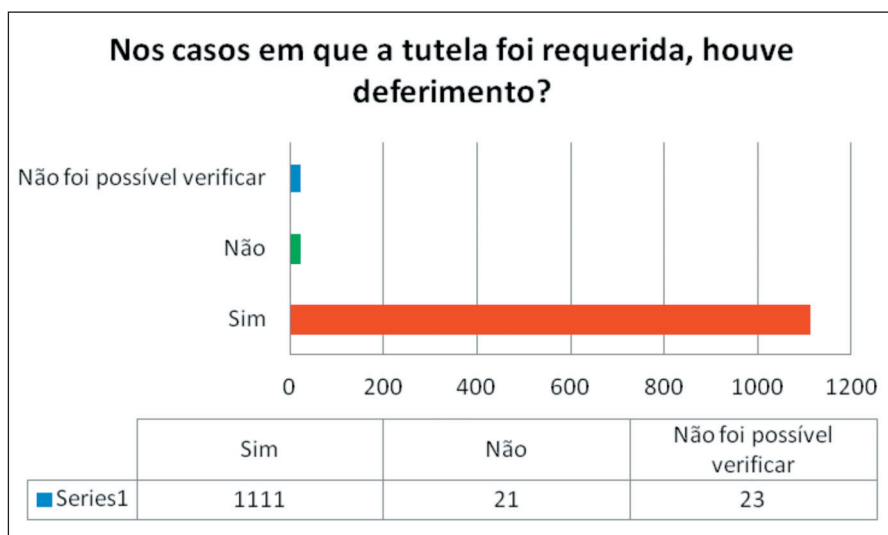
O direito processual encontra-se atualmente em sua fase instrumentalista, a qual busca agregar valores e princípios ao processo de modo que este seja capaz de produzir, na realidade social, os mesmos resultados previstos nas normas jurídicas. A fim de dar concretude ao princípio da efetividade algumas reformas foram feitas em nosso Código de Processo Civil. Dentre elas, cumpre destacar o mecanismo processual da Tutela antecipada, que encontra previsão no artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>32</sup>.

A Tutela antecipada dirige-se a situações de urgência, que requerem a satisfação do direito pedido. É por isso que seus requisitos são a verossimilhança da alegação, abuso de defesa e o periculum in mora, que envolve justamente a necessidade em conceder o direito de forma célere. Em nossa pesquisa pode-se observar um número expressivo de requerimentos e deferimento de tutela antecipada, dentre o universo de 1256 processos obtivemos um total significativo de 1155 pedidos de antecipação de tutela, o que representa um total de 92% do universo pesquisado, conforme aponta o gráfico:



32 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97

Outro dado importante que nos chamou atenção refere-se à quantidade de deferimentos da antecipação de tutela: 1.111 dentre os 1.155 pedidos, enquanto apenas 21 processos obtiveram indeferimento e em 23 dos processos não foi possível verificar, em razão da ausência de dados disponíveis:



Isso nos mostra a importância do mecanismo da Tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde. Dentre os argumentos utilizados pelos juízes, percebemos que foi muito presente o fato de ter os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>33</sup> preenchidos. Além do mais, despertou nosso interesse as inúmeras referências ao artigo 196 da nossa Carta Maior e a proteção àqueles desprovidos de condições de arcar com saúde privada. Isso foi claramente demonstrado em justificativas de deferimento de antecipação de tutela, como as seguintes:

O fornecimento de medicamentos necessário a tratamento de saúde está atrelado à garantia constitucional do direito à saúde. Assim, comprovada a necessidade e a impossibilidade da parte de provê-lo por si só, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para determinar aos Réus que fornecem à parte Autora [...] Segundo o art.196 do C.F., a saúde

<sup>33</sup> **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

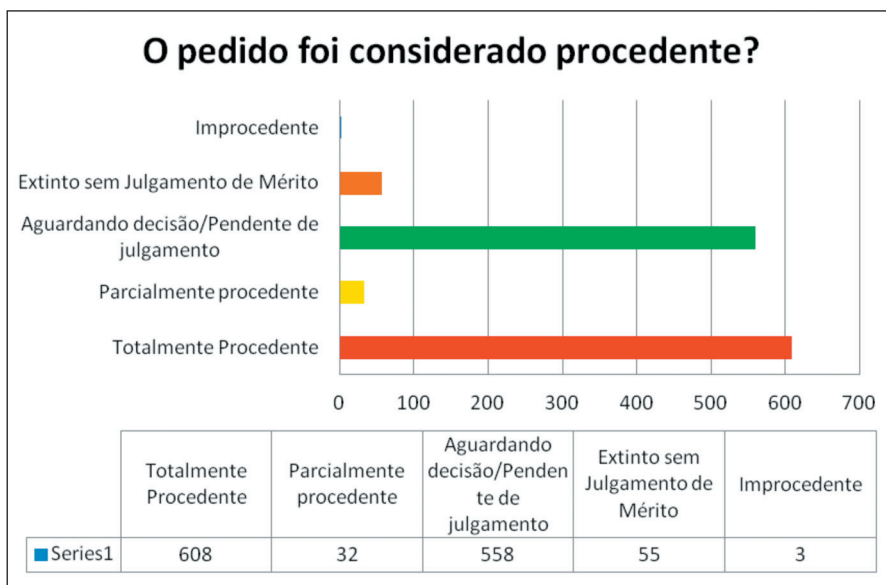


é direito de todos os cidadãos e dever do Estado, e, em sendo o beneficiário munícipe, cabe ao réu assegurar condições de saúde e viabilizá-la, principalmente às pessoas hipossuficientes.

É dever constitucional dos entes federativos fornecerem de forma gratuita, medicamentos àqueles que, comprovadamente, não podem arcar com essas despesas sem privar-se dos recursos indisponíveis ao próprio sustento da família. É também um preceito constitucional, imperativo e auto aplicável, conforme disposto no artigo 196, da Carta Magna.

#### 3.4. Procedência dos pedidos

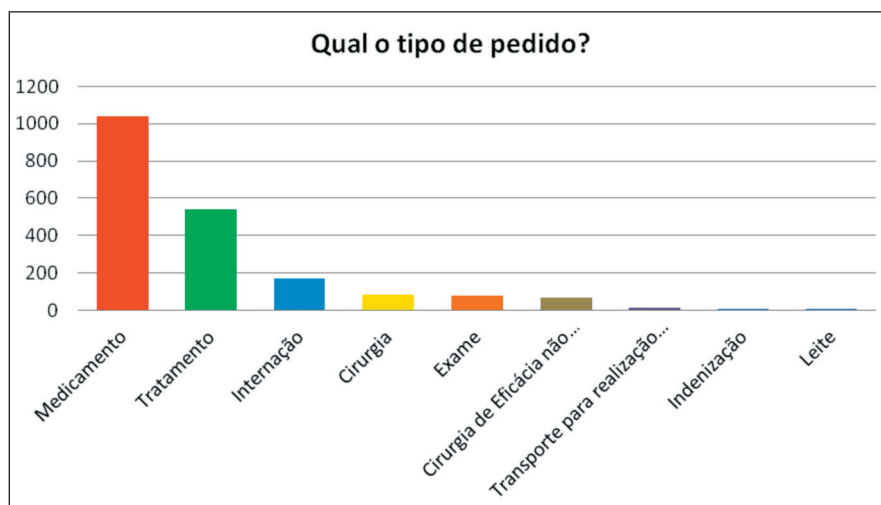
Quanto ao resultado da sentença pudemos constatar um volume alto de procedência do pedido, o que pode justificar-se pela tendência de confirmar a tutela antecipada, tendo em vista um resultado muito semelhante ao obtido quanto ao deferimento de tutela. Dentre o universo de 643 processos julgados, alcançamos o significativo número de 608 processos totalmente procedentes.



Quanto ao minoritário resultado obtido de pedidos improcedentes, percebemos que os juízes não se estenderam em suas justificativas, restringindo na argumentação de ausência de comprovação de doença crônica.

### 3.5. Os tipos de pedidos

Nessa pesquisa contávamos com 1.256 processos e foi verificado que, dentre eles os pedidos mais comuns foram medicamentos e tratamentos, como visível no gráfico abaixo.



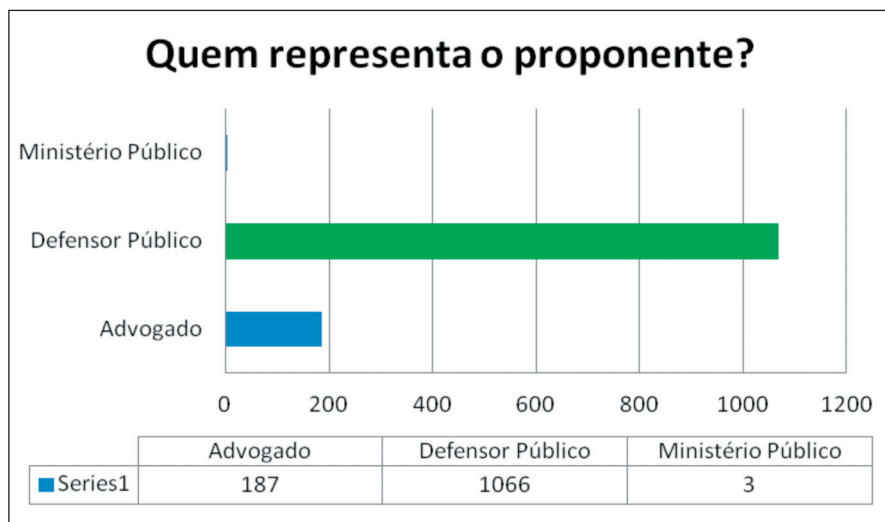
Há, no entanto, uma considerável quantidade de “outros” dentro dos quais se encontram cirurgia de eficácia não comprovada, isto é, cirurgia ainda não licenciada pela ANVISA e nem credenciada pelo Sistema Único de Saúde, e internação hospitalar. Essas demandas acentuadas por esses dois métodos não eram esperados. Acreditávamos, ao iniciar a pesquisa que seria uma quantidade residual. No entanto, esse dado acaba por refletir que não há apenas pedidos de medicamentos por dificuldade financeira, como exposto por grande parte dos processos analisados, mas também há a vontade dos cidadãos doentes de tentarem se submeter às cirurgias cuja eficácia não é certa, uma vez que para muitos é uma esperança de sobreviver.

Além disso, é notável que não houve nenhum processo com pedido de prevenção. Esse dado nos leva a supor que isso se dá devido à falta de incentivo a esse método ou devido à falta de conhecimento por parte dos cidadãos. Como uma forma de comprovar isso, foi verificado que os cidadãos só recorrem em caso de urgência, ou seja, quando já sofrem da doença e não para evitar a mesma, como esperávamos.

### 3.6. A relação dos dados com a atuação da Defensoria Pública

A Defensoria Pública é um órgão de extrema importância e relevância para a população em geral, de modo concretizar o direito de acesso à Justiça. A camada mais carente da população está amparada pelo inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República, que estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Essa assistência jurídica oferecida pelo Estado se faz de extrema importância, pois pretende assegurar aos necessitados a assistência para a defesa de seus interesses em juízo.

Em nossa pesquisa pode-se observar um número significativo de defesas pelo órgão da Defensoria Pública. Dentre os 1.256 processos de 1ª instância pesquisados, 1.066 tinham como autores pessoas assistidas por defensores públicos.



Com os resultados obtidos percebemos que aproximadamente 85% dos casos observados são assistidos pela Defensoria Pública, e não por advogado ou qualquer outro órgão. Vale ressaltar que a “insuficiência de recursos” é requisito essencial para a obtenção do benefício da assistência jurídica, e que, portanto, a maioria dos que figuram no polo ativo das ações contra o Estado ou Município acerca da saúde faz parte da população carente. É importante que haja o cumprimento das garantias feitas pelo Estado em sua Constituição, principalmente quanto ao “direito de ter direitos”, e o gráfico apresentado mostra que, de alguma forma, o cumprimento efetivo desse dever do Estado se realiza.

O Estado tem ainda o dever de garantir o direito à saúde, com base no artigo 196 da Constituição da República, e é possível relatar em nossa pesquisa que a maioria dos casos de saúde é relacionada à necessidade de gratuidade seja de algum procedimento específico, seja de algum medicamento reivindicado. Essas reivindicações são feitas grande parte pela população carente ou pelos que não conseguem arcar com um tratamento e/ou medicamento com preço tão elevado. Isso pode de certa forma explicar o número tão elevado de assistências feita pela Defensoria Pública.

### Considerações finais

O presente estudo se dedicou a analisar os processos relativos à saúde pública nas cidades que integram a região metropolitana do Rio de Janeiro por meio da coleta de dados no site do Tribunal de Justiça. Os dados obtidos através desta pesquisa não são suficientes para dar uma resposta definitiva acerca da situação da judicialização da saúde nas cidades que compõe a região analisada já que fizemos um recorte temporal para a busca de dados, no entanto eles já nos permitem fazer análises e auxiliam em futuras pesquisas que se destinarem este ponto.

A hipótese que construímos para nos guiar durante a pesquisa foi se haveria alguma relação entre o contexto abordado, considerando as avaliações do IDSUS e da Demografia Médica, e o número de processos demandando acesso à saúde. A nossa hipótese não pôde, porém, ser confirmada, pois percebemos que a diferença entre o número de processos entre a cidade mais bem avaliada e a pior analisada não foi considerável. A cidade de Niterói, considerada a melhor pela Demografia Médica, com 93,55 habitantes por médico teve um total de 118 processos, enquanto São João de Mereti, que teve uma colocação ruim apresentando uma relação de 6.879 habitantes para cada médico teve um total de 172 processos.

Ao longo das observações, novas questões surgiram. Uma delas dizia respeito ao grau de acessibilidade à justiça por parte de classes com um menor poder aquisitivo. O que pudemos observar quanto a isso foi que a classe social não funciona como uma barreira absoluta, já que a participação da Defensoria Pública foi marcante nos processos analisados superando, em grande número, o número de indivíduos representados por advogados.

Outra indagação que nos fizemos foi se o Judiciário estaria dando respostas automáticas no momento de julgar um processo, e a isso recebemos uma resposta positiva, pois percebemos que em muitos casos as justificativas para a concessão de tutela antecipada e de procedência do julgamento procedentes

eram idênticas, mudando apenas, em alguns casos, o nome do remédio a ser concedido. No entanto, pensamos em duas justificativas para que fossem dadas respostas idênticas, sendo uma delas o fato dos juízes de primeira instância quererem dar uma maior praticidade e rapidez a suas decisões, por se tratar de um bem muito sensível, e a segunda ser a criação de um entendimento daquela determinada comarca para facilitar decisões em casos de apelação.

Observamos durante o desenvolvimento dessa pesquisa uma inconstância na consulta processual oferecida pelo site do TJRJ — muitas vezes o site não estava funcionando corretamente, além de apresentar lentidão no momento da consulta dos dados, aparecendo mensagens de erros ao trocar de página —, o que se traduz como uma dificuldade para a pesquisa, visto que o site consistia no instrumento de pesquisa. Além desses problemas, o site também não contava com uma padronização entre as comarcas. Estes problemas apresentados não prejudicaram os resultados obtidos com a análise dos dados coletados.

Percebemos, ainda, que os argumentos utilizados pelos juízes no momento de deferir tutela antecipada ou deferir o pedido do autor do processo se repetiam — como “gratuidade de justiça”, por exemplo. No entanto, mais à frente no desenvolvimento da pesquisa, percebemos que não eram apenas os argumentos, mas trechos das decisões que se repetiam frequentemente.

Destacamos que o banco de dados conseguido através dessa pesquisa fica à disposição para novos estudos sobre o assunto, pois acreditamos haver mais correlações a serem feitas a partir desses dados que não couberam ao escopo dessa pesquisa.

Por últimos, cabe ressaltar que a judicialização da saúde traz desafios ao Judiciário, até mesmo pela garantia desse direito não ser função primária do citado poder, havendo, com esse fenômeno, uma transformação da relação entre Estado, a sociedade e as instituições jurídicas.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Rodrigues Ernani. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.*, n. 23, Curitiba, 2004.

FISS, Owen. **Um novo processo civil — Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FULLER, Lon L., **The Forms and Limits of Adjudication**. *Harvard. L. Rev.* 353 (1978).

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial — critérios e experiências. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 3. Ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização: duas análises. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 57, 2002.

MELO, André Luís Alves de. A judicialização do Estado Brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2408>>.

VENTURA, Miriam. Judicialização da saúde: acesso à justiça e a efetividade do direito a saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 2010.



## Anexo B — Tabela Demografia Médica

**Tabela 1. Demografia Médica**

Município	População total do município	Habitantes/ Médicos
Niterói	462884	94
Rio de Janeiro	5613897	217
Duque de Caxias (RJ)	756738	2481
Guapimirim (RJ)	51487	3795
Itaboraí (RJ)	178002	1816
São João de Meriti (RJ)	441858	2832
Nilópolis (RJ)	152787	2152
Paracambi (RJ)	47074	2530
Belford Roxo (RJ)	433348	6879
São Gonçalo (RJ)	880561	1505
Japeri (RJ)	—	—
Magé (RJ)	200255	2356
Maricá (RJ)	127519	668
Nova Iguaçu (RJ)	873583	922
Queimados (RJ)	117068	3002
Seropédica (RJ)	78183	1305
Tanguá (RJ)	30731	1861



**Anexo C — Questionário****Questionário — Oficina de Pesquisa 3<sup>o</sup> Período**

Nome da Comarca: \_\_\_\_\_

Número do Processo: \_\_\_\_\_

Data da propositura (ou data do sorteio, nos casos em que não for possível verificar a propositura): \_\_\_\_\_

O processo já transitou em julgado?

☐ Sim

☐ Não

Sexo do proponente (Critério de avaliação: qualificação do autor na propositura da ação)

☐ Feminino

☐ Masculino

☐ Não foi possível verificar

Idade do proponente \_\_\_\_\_

Nos casos em que for possível a verificação

Quem representa o proponente?

☐ Advogado

☐ Defensor Público

☐ Ministério Público

☐ Causa Própria

☐ Other: \_\_\_\_\_

Há litisconsórcio ativo?

☐ Sim

☐ Não

☐ Other: \_\_\_\_\_

**Há litisconsórcio passivo?**

- ☐ Sim  
☐ Não  
☐ Other: \_\_\_\_\_

**Quem figura no polo passivo?**

- ☐ Município  
☐ Estado  
☐ União  
☐ Município e Estado  
☐ Município e União  
☐ Estado e União  
☐ Município, Estado e União  
☐ Other: \_\_\_\_\_

**O pedido versa sobre:**

- ☐ Medicamento  
☐ Exame  
☐ Tratamento  
☐ Prevenção  
☐ Other: \_\_\_\_\_

**Houve pedido de antecipação de tutela?**

- ☐ Sim  
☐ Não  
☐ Não foi possível verificar

**Houve deferimento da antecipação de tutela?**

(Responder apenas nos casos em que tenha havido pedido).

- ☐ Sim  
☐ Não  
☐ Não foi possível verificar

No caso de deferimento ou indeferimento, anote aqui os argumentos utilizados pelo Juiz: \_\_\_\_\_

**O pedido foi considerado procedente?**

☐ Aguardando decisão/pendente de julgamento

☐ Totalmente procedente

☐ Parcialmente procedente

☐ Improcedente

☐ Extinto sem julgamento de mérito

**Anote aqui todas as peculiaridades que forem encontradas nesse processo:**

---





## Atribuição-UsO Não-Comercial-Vedada a Criação de Obras Derivadas 2.5 Brasil

Você pode:



copiar, distribuir, exibir e executar a obra

Sob as seguintes condições:



**Atribuição:** você deve dar crédito ao autor original, da mesma forma especificada pelo autor ou licenciante



**Uso não comercial:** Você não pode utilizar a obra com finalidades comerciais



**Vedada a Criação de Obras Derivadas.** Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições podem ser renunciadas, desde que você obtenha permissão do autor.
- Nada nesta licença impede ou restringe os direitos morais do autor.